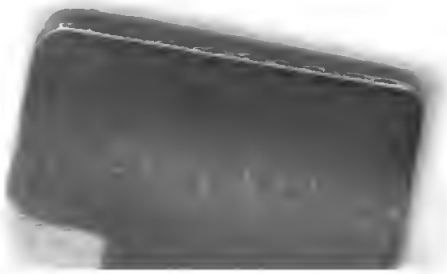
Decis.
98 d



Digitized by Google

Rechtssprüche

und

Gutachten der Juristen-Facultät

zu

Rostock.

Berlin,
Druck und Verlag von G. Reimer.
1846.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Inhalt.

I.

1. Wer den Abſchluß eines Rechtsgeſchäfts zugeſteht, und behauptet, daß es an eine Bedingung geknüpft ſei, hat im Leugnungsfall dieſelbe zu beweiſen, die Bedingung mag auflöſend oder aufſchiebend ſein.
2. Der Handel auf Beſicht enthält im Zweifel eine aufſchiebende Bedingung. Auf eine auflöſende läßt ſich aus der Uebergabe des Kaufobjects nur dann ſchließen, wenn ſie in der Abſicht geſchah, das Rechtsgeſchäft zu erfüllen.
3. Das Vorhandenſein früherer günſtiger Entſcheidungen kann eine Vergleichung der in der Rechtsmittelinſtanz erwachſenen Koſten zur Folge haben. . . . . S. 1.

II.

1. Der Umſtand, daß der Schuldner den Schuld- oder Hypothekenſchein beſitzt, bewirkt für ſich allein nicht die Rechtsvermuthung, daß die Schuld getilgt ſei.
2. Die Rückgabe des Schuldſcheins vom Gläubiger an den Schuldner begründet nicht bloß die Rechtsvermuthung, daß die Schuld bezahlt ſei, ſondern die allgemeinere, daß der Gläubiger den Schuldner aus dem Rechtsverhältniß, worüber die Verſchreibung lautet, nicht in Anſpruch nehmen wolle.
(l. 2. §. 1. D. de pactis. 2. 14.)
3. Das Pfandrecht iſt durch die Stadtbuchordnung vom 22ſten December 1829 nicht zu einem ſelbſtſtändigen dinglichen Recht erhoben, ſondern hat die Natur eines acceſſoriſchen Rechts zur Sicherung einer obligatio behalten. . . . . S. 15.

III.

1. Der Correſpondentrheder hat nicht die Befugniß ohne Erlaubniß der Mitrheder ein Schiff zu verfrachten.
2. Erklärung einer in Betreff der Frage, ob zu einer oder mehreren See-Fahrten Erlaubniß erbeten und gegeben ſei, beſtrittenen Miſſive.
3. Ein Mitrheder, welcher zu der an ſeinem Wohnort geſchehenen officiellen Bekanntmachung des Abgangs eines Schiffes ſchweigt, genehmigt dadurch die von dem Correſpondenten über daſſelbe getroffene Dispoſition. . . . . S. 28.

IV.

1. Rechtsbeſtändigkeit von Forderungen aus Geſchäften, welche ſich auf Collectur für auswärtige verbotene Lotterien beziehen.
2. Verfahren eines Advocaten bei Anfertigung eines Documents zur Verdeckung eines ſolchen Geſchäfts. Injurienklage und Einrede der Wahrheit.
3. Rückforderung des Documents. Quod metus causa actio: ob turpem causam condictio. . . . . S. 43.

V.

1. Recht auf Erſatz des Schadens, welchen fremdes Vieh auf unſerm Acker anrichtete.
2. Pflicht zur Bedichtung der Scheiden im Fürſtenthum Ratzeburg. Vereinbarung des Herzogs von Mecklenburg-Strelitz mit den Hauswirthen zu Reſchow vom 27. Juli 1811.
3. Wenn eine an ſich zur Verhandlung im Wege des Civilprozeſſes geeignete Frage geſetzlich der richterlichen Gewalt entzogen und der adminiſtrativen zugewieſen iſt, und dieſe Frage als Präjudicialpunkt in einer Civilprozeßſache vorkomut, ſo iſt das Verfahren in dieſer bis zur Erledigung des Präjudicialpunktes durch die adminiſtrative Behörde zu ſiſtiren, und deren Entſcheidung bei der der Civilprozeßſache zu befolgen. . . . . S. 50.

VI.

1. Abſchluß einer Einkaufscommiſſion oder eines Kaufs. Vergleichung beider Geſchäfte.
2. Der Commiſſionär hat zu beweiſen, daß er den ihm ertheilten, auf Anſchaffung und Ablieferung bedungener Waaren gerichteten Auftrag erfüllt habe, um die Annahme der Waaren und die Berichtigung der ihm erwachſenen Koſten von dem Committenten verlangen zu können.
3. Die Annahme der Waaren befreit von dieſer Beweislaſt, und den Empfänger trifft alsdann der Beweis der von ihm behaupteten Mängel. Der Transport der Waaren vom Schiff in den Speicher des Committenten beweiſt jedoch für ſich allein deren Annahme nicht. Ebenſowenig die Oeffnung der Kiſten Zwecks Beſichtigung. Eine Verpflichtung, den Gegner oder deſſen Mandatar hiebei zuzuziehen, iſt nicht vorhanden. Eine geſetzliche Friſt zur Erklärung über die Annahme von Waaren exiſtirt nicht. . . . . S. 60.
4. Beim Handel nach Probe hat der Käufer (Committent) dieſelbe nur dann aufzubewahren, wenn der Verkäufer (Commiſſionär) ſie ihm zu dem Zweck eingehändigt, oder bei Vorzeigung der Probe deren Annahme von ihm verlangt hat. Ließ es der zur ſorgſamen Aufbewahrung Pflichtige daran fehlen, ſo trifft ihn der Beweis der Unprobemäßigkeit.
5. Die dem Commiſſionär bis zum Beweis entgegenſtehender Uſance gebührenden 2 p. Ct. Proviſion ſind von dem ganzen Facturabelauf zu berechnen.
6. Die Verabredung, daß bei Abſendung der Waaren deren Facturabelauf in dreimonatlichen Wechſeln bezogen werden ſolle, ſetzt die Pflicht, ihn zu verzinſen, auf drei Monate hinaus.
7. Wer in den Verkauf ſtreitiger von ihm detinirter Waaren salvo jure et processu willigt, verzichtet dadurch nicht auf den Erſatz der für die Waaren gemachten Verwendungen.
8. Wenn im Fall einer objectiven Klagenhäufung der Kläger mit ſeinen Anſprüchen nur theilweiſe obſiegt, ſo iſt die Frage,

ob die Prozeßkoſten zu vergleichen oder nach Quoten zu vertheilen ſeien, von der Individualität des Falles abhängig.

9. Die Beſtimmung des Roſtocker Stadtrechts Th. 5. Tit. 8. Art. 8., daß Koſtenvergleichung eintreten ſolle, wenn der Beweis durch Eideszuſchiebung cum alia probatione geführt ſei, bezieht ſich auf einen Fall, wo mehrere Punkte zum Beweis verſtellt ſind und dieſer bei einigen durch Eideszuſchiebung, bei anderen durch ſonſtige Mittel geführt ward. Im Fall der Eideszuſchiebung sine alia probatione iſt die Koſtenvergleichung keineswegs abſolut ausgeſchloſſen: es ſoll die Eideszuſchiebung allein keinen Grund zur Koſtenvergleichung abgeben.

10. Die unrichtige Auffaſſung des Rechtſtreits in einem rechtskräftigen Beweisinterlocut iſt für die endliche Beurtheilung der Prozeßkoſtenfrage inſoweit ohne Bedeutung, als dieſelbe unabhänging von dem Ausfall der Hauptſache zu beantworten iſt. . . . . S. 62.

VII.

1. Das Gericht hat ſeine Zuſtändigkeit von Amtswegen zu prüfen. Eine unrichtige Bezeichnung des gewählten Gerichtsſtandes iſt ohne Nachtheil. Die Grundſätze der libelli mutatio ſind hier unanwendbar.

2. Der Kläger hat die Thatſachen, aus denen ſich die Gerichtszuſtändigkeit beurtheilen läßt, anzugeben, nicht ſofort zu beweiſen. Der Beklagte muß ſich hierüber erklären: im Unterlaſſungsfall trifft ihn inſoweit der für die Klagbeantwortung angedrohete Rechtsnachtheil. J.-R.-A. §. 40.

3. Im Gerichtsſtand der geführten Verwaltung können directae von und contrariae actiones wider den Geſchäftsherrn angeſtellt werden.

4. Widerlegung der Anſicht Mühlenbruchs (Archiv f. civ. Pr. T. 19. Nr. 18.) über den Rechtsgrund des forum contractus. Andere Anſichten, und deren Anwendung auf den vorliegenden Fall. . . . . S. 121.

5. Zur Begründung des forum contractus ſind perſönliche Anweſenheit oder Vermögensbeſitz im Gerichtsbezirk nicht erforderlich. Erklärung von c. 1. §. 3. de foro comp. in 6to. 2, 2.

6. Das forum contractus wird durch einen perſönlich befreiten Gerichtsſtand nicht ausgeſchloſſen. . . . . S. 122.

VIII.

Welches Recht hat der Eigenthümer eines Hauſes an dem vor ſolchem befindlichen Trottoir? Eigenthum? Niesbrauch? Interdictum ne quid in loco publico fiat; auch reſtitutoriſch. . . . . S. 147.

IX.

1. Die Berechnung der Appellationsſumme bei der negatoria actio iſt von dem Werthe des beeinträchtigten Eigenthums nicht abhängig. §. 145. der Prozeßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover. Präjudiz des Königl. O.-A.-Gerichts vom 29ſten Juli 1843.

2. Die Androhung der Strafe des Ausſchuſſes iſt bei Beweisfriſten nicht erforderlich. §. 65. der Prozeßordnung.

3. In den Voracten enthaltene Beweismittel, deren Werth im Beweisinterlocut nicht ausdrücklich aberkannt wurde, können zur Führung des in demſelben normirten Beweiſes noch benutzt werden.

4. Bei polizeilichen Protocollen müſſen die für gerichtliche gegebenen Vorſchriften beobachtet ſein, wenn ſie in einem Civil-Rechtsſtreit die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde genießen ſollen. §. 22. der Prozeßordnung. . . S. 158.

X.

In das Lehen erben auch in Mecklenburg nur die Söhne, nicht die Töchter. Gegen von Kamptz. . . . . S. 168.

XI.

1. Wenn in Anſehung einer zum Beweis verſtellten Injurie aus der Beweisführung ſich ergiebt, daß eine ähnliche, aber geringere Injurie zugefügt ſei, ſo muß lediglich der Inhalt des Beweisinterlocuts bei Abfaſſung des Endurtheils zur Norm dienen, und es iſt unzuläſſig daſſelbe auf die geringere Injurie zu richten, unter Vergleichung der Koſten wegen Zuvielforderung.

2. Das ſogenannte beneficium restitutionis in integrum wider die Präcluſivkraft der Beweisfriſt (Pr. O. §. 68. vgl. §. 36.) ceſſirt, ſobald ein rechtskräftiges Erkenntniß über das Reſultat der Beweisführung ergangen iſt.

3. Ein nothwendiger Eid kann nach Pr. O. §. 101. §. 105. z. E. §. 153. Nr. 3. nicht durch neuaufgefundene Beweismittel, ſondern, wie der freiwillige, nur durch Meineidsbeweis angefochten werden. . . . . S. 197.

4. Es iſt unzuläſſig, wider ein in weiterer Inſtanz ergangenes abänderndes Erkenntniß bei dem Richter erſter Inſtanz um Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu bitten, nach gemeinem Recht, wie nach Pr. O. §. 155.

5. Das Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen rechtskräftige Erkenntniſſe ex capite novorum gehört dem Reichsgerichts-, nicht dem gemeinen deutſchen Civilprozeß an. . . . . .

6. Die zur Begründung des Rechtsmittels der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nach Pr. O. §. 153. Nr. 1. zuläſſigen neuen Thatumſtände dürfen auch durch nicht ſchriftliche Beweismittel dargethan werden. . . . . S. 198.

I.

1. Wer den Abschluß eines Rechtsgeschäfts zugesteht, und behauptet, daß es an eine Bedingung geknüpft sei, hat im Leugnungsfall dieselbe zu beweisen, die Bedingung mag auflösend oder aufschiebend sein.

2. Der Handel auf Besicht enthält im Zweifel eine aufschiebende Bedingung. Auf eine auflösende läßt sich aus der Uebergabe des Kaufobjects nur dann schließen, wenn sie in der Absicht geschah, das Rechtsgeschäft zu erfüllen.

3. Das Vorhandensein früherer günstiger Entscheidungen kann eine Vergleichung der in der Rechtsmittelinstanz erwachsenen Kosten zur Folge haben.

A. Geschichtserzählung.

Der Kläger fordert den Preis eines an den Beklagten am 3ten Mai 1843 verkauften und überlieferten Fuchswallachs mit 45 Thlr., 32 ßl. n. ⅔ Halftergeld, nebst Verzugszinsen seit Insinuation der Klage, und Prozeßkosten.

Der Beklagte erwidert: „Richtig ist, daß ich mit dem Kläger zur angegebenen Zeit über einen Fuchswallach ge-

handelt und contrahirt habe, so wie, daß mir das Pferd gleicherzeit überliefert ward. Ich leugne indeß den reinen und unbedingten Abschluß des Kaufcontrakts. Es wurde demselben die vom Gegner aus freiem Antrieb proponirte Modification hinzugefügt:

> ich solle das Pferd mitnehmen, um mich zu überzeugen, ob es gut und brauchbar sei; gefalle es mir nicht, so solle ich es zurücksenden, und der Handel sei dadurch aufgehoben.

Der so geartete Abschluß des Kaufs kann durch Zeugen erwiesen werden."

Beklagter habe sich bald von der Unbrauchbarkeit des Pferdes überzeugt, es am 13ten Mai 1843 vom Thierarzt untersuchen lassen, und dieser dasselbe für dumm erklärt. Das Thier sei nun sofort dem Kläger mit der Erklärung zurückgesandt, daß Beklagter „vom Handel zurücktrete;" Kläger habe jedoch die Annahme verweigert. Beklagter bittet um Abweisung der Klage und um Erstattung der Kosten.

In der Replikenschrift wird in Abrede genommen, daß dem Kauf die behauptete Modification, deren Existenz der Beklagte zu beweisen habe, hinzugefügt sei, und der Einwand des Verzichtes entgegengestellt, darauf basirt, daß Beklagter nach Abschluß des Vertrages dem Kläger seine Zufriedenheit mit dem Pferde mehrmals zu erkennen gegeben habe. Die Weigerung das Pferd zurückzunehmen ist zugestanden: geleugnet wird dagegen, daß dasselbe beim Abschluß des Kaufs an Dummheit gelitten habe.

Die Duplikenschrift enthält die Ausführung, Kläger müsse den unbedingten Abschluß des Vertrages erweisen, so wie eine Verwahrung dagegen, daß die Replik des Verzichtes, deren factische Grundlage geleugnet ist, zugelassen

werde, deshalb, weil dieſelbe eine Veränderung des Klagegrundes enthalte.

Das Urtheil des Ober-Gerichts vom 23ſten November 1843 verurtheilt den Beklagten der Klagebitte gemäß, falls er nicht entweder die dem Vertrage ſeiner Angabe nach beigefügte Bedingung, oder die Dummheit des Pferdes beim Abſchluß des Kaufs bewieſe, und geſtattet dem Kläger den Beweis der Replik des Verzichtes wider die erſte Alternative: unter Bezugnahme auf die Anſicht der Rechtslehrer, welche für die Regulirung der Beweislaſt zwiſchen dem Fall einer Suspenſiv- und Reſolutiv-Bedingung unterſcheiden, von denen die letztere hier vorliege.

Der Beklagte beſchwerte ſich nun im Wege der Reſtitution darüber, daß ihm der Beweis der Bedingung auferlegt, ſowie dem Gegner der ſeiner Replik nachgelaſſen ſei, und das hierauf ergangene Erkenntniß der Juſtiz-Canzlei zu Schwerin vom 18ten Mai 1844 fand die Beſchwerden begründet, hob die gedachten Beweiſe, unter Verurtheilung des Klägers in die Koſten der Reſtitutions-Inſtanz, auf, und legte dem Kläger den Beweis auf:

daß der Beklagte von ihm am 3ten Mai 1843 — den fraglichen Fuchswallach für 45 Thlr. 32 ßl. gekauft habe.

Denn es ſei anzunehmen, daß der Kauf unter einer Suspenſiv-Bedingung abgeſchloſſen ſei, da Beklagter den reinen und unbedingten Abſchluß deſſelben geleugnet habe, wonach die folgenden zweifelhaften Worte „und der Handel ſei damit aufgehoben," ſo verſtanden werden müßten: daß der nur bedingt abgeſchloſſene Handel als nicht perfekt geworden angeſehen werden ſolle. Den Kläger treffe demnach der Hauptbeweis, und der Beklagte habe das Recht ſeinen eigentlichen Gegenbeweis auf die von ihm

behauptete Art des Handels zu richten: die Replik des Klägers enthalte hienach einen in replicis vorgetragenen und daher in diesem Rechtsstreit unbeachtlichen Klaggrund.

Wider den ganzen Inhalt dieses Urtheils ergreift nunmehr der Kläger das Rechtsmittel der Restitution, indem er Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses und Verurtheilung des Beklagten in die Kosten beider Restitutions-Instanzen verlangt.

B. Rechtliche Beurtheilung.

Die beiden früheren Urtheile stimmen in den Rechtsgrundsätzen überein. Wer, aus einem Rechtsgeschäfte belangt, dessen Abschluß jedoch unter einer, vom Gegner geleugneten, Bedingung zugesteht, hat deren Beweis zu führen, wenn sie auflösend ist, wenn aufschiebend, so trifft den Gegner die Verpflichtung zum Beweis des unbedingten Abschlusses. Sie unterscheiden sich in der Beurtheilung der Thatsachen. Das erste faßt sie als Resolutiv-, das zweite als Suspensiv-Bedingung auf. Läßt sich nun darthun, daß die Bedingung, gleichgültig ob auflösend oder aufschiebend, stets von dem zu erweisen ist, welcher ihre Existenz behauptet, ingleichen, daß die vorgetragenen Thatumstände als Resolutiv-Bedingung aufzufassen sind, so ist damit die Wiederherstellung des ersten Urtheils nach allen Seiten hin gerechtfertigt.

1) Wer den Abschluß eines Rechtsgeschäfts zugesteht, und behauptet, daß es an eine Bedingung geknüpft sei, hat im Leugnungsfalle dieselbe zu beweisen.

Die Lehre von der Beweislast soll den Sinn des Satzes, daß der Kläger den Grund seiner Klage, der Beklagte den seiner Einrede zu beweisen habe, entwickeln.

Dieſes geſchieht jedoch nicht durch die Umſchreibung, daß der Kläger alle Thatſachen beweiſen müſſe, welche als weſentliche Vorausſetzungen des von ihm behaupteten Rechts juriſtiſch anzuſehen ſind. Denn es kommt nicht an auf den Beweis der in abstracto oder generell weſentlichen Erforderniſſe, ſondern auf den Beweis der dem in Rede ſtehenden Rechtsgeſchäft eigenthümlichen, der concret weſentlichen Erforderniſſe. Wer jenen Beweis für nothwendig hält, würde zugeben müſſen, daß der Kläger aus einem Kauf-Kontrakt die Abweſenheit eines weſentlichen Irrthums und ähnlicher Mängel darzuthun habe, da ein ſolcher Irrthum alle Uebereinſtimmung ausſchließt, und ſo den Begriff eines Vertrages vernichtet. Allein man nimmt durchgängig an, nicht der Kläger habe das Nichtvorhandenſein, ſondern der Beklagte, welcher ſich auf einen derartigen Mangel beruft, habe deſſen Exiſtenz darzuthun. Der Grund liegt darin, daß die Abweſenheit des Irrthums zu den Erforderniſſen eines jeden Vertrags und nicht in die beſondere Sphäre eines Kauf-Kontrakts gehört. Der gleiche Grund tritt bei Bedingungen ein. An ſich können dieſelben nicht zu den weſentlichen oder natürlichen Beſtandtheilen eines ſpeciellen Rechtsgeſchäfts gezählt werden, ſondern nur unter die zufälligen. Niemand wird wohl in dem Fall, wo ein Beklagter ſchlechthin die Exiſtenz eines ihn verpflichtenden Kauf-Kontraktes leugnet, und mithin implicite alle die Momente in Abrede genommen ſind, welche juriſtiſch als weſentliche Beſtandtheile des Vertrags angeſehen werden müſſen, auf den Gedanken kommen, dem Kläger außer dem Beweis von Gegenſtand und Preis noch den aufzulegen, daß das Geſchäft unbedingt abgeſchloſſen ſei. Der Grund hievon kann möglicherweiſe nur darin liegen, daß die Bedingt- oder Unbedingtheit eines Geſchäfts

nicht zu deſſen weſentlichen Erforderniſſen gehört. Alsdann aber iſt es unbegreiflich, wie dadurch, daß ein Beklagter einſeitig die Bedingtheit eines in allen übrigen Beziehungen anerkannten Kauf-Kontraktes behauptet, die juriſtiſche Eigenſchaft einer Thatſache verändert, und ein an ſich nicht weſentlicher Punct zu einem weſentlichen Theil des Geſchäftes erhoben werden kann. Denn die Klagbeantwortung entſcheidet doch nur darüber, welche juriſtiſch relevante Behauptungen der Kläger zu beweiſen, nicht aber auch darüber, was er zu behaupten hat. Die Erklärung, daß eine Bedingung beigefügt ſei, enthält alſo die Behauptung einer ſelbſtſtändigen Thatſache, durch welche die gegneriſche Forderung beſeitigt werden ſoll. Deren Beweis hat derjenige zu führen, welcher ſie für ſeine Zwecke anführt, nachdem der Gegner zuvor den Beweis des von ihm behaupteten Rechtsgeſchäftes geliefert hat.

Dieſer Beweis kann, wie man allgemein annimmt, durch eine fehlerfreie Urkunde geführt werden, welche die Eingehung des Vertrags bezeugt, ohne einer beigefügten Bedingung Erwähnung zu thun. Durch ein ſolches Document wird bekanntlich kein höherer Grad juriſtiſcher Wahrheit erzielt, als durch ein gerichtliches Geſtändniß. Da es nun möglich iſt, daß eine Bedingung dem Geſchäft beigefügt ward, ohne daß jene Urkunde ſie erwähnt, und jedenfalls das Nichtvorhandenſein der Bedingung aus dem Document nicht hervorgeht, ſo iſt es ein Widerſpruch, anzunehmen, daß durch dieſe der Beweis des Geſchäfts geführt ſei, nicht aber durch ein gerichtliches Geſtändniß, mit welchem die Behauptung des bedingten Abſchluſſes verbunden iſt, deren Beweis nach obiger Ausführung der zu liefern hat, welcher ſie aufſtellt. In dem vorliegenden Fall nun liegt ein Geſtändniß des Beklagten über die weſent-

lichen Punkte eines Kauf-Kontraktes, Gegenstand und Preis, in den Acten der in dem zweiten Urtheil auferlegte Beweis, insofern man nicht unzulässigerweise das Wort „unbedingt" in dem Thema subintelligiren will, ward also auf, unter den Parteien unbestrittene Thatsachen gerichtet.

Daneben ist es ausgemacht, daß durch besondere Uebereinkunft der Contrahenten ein zufälliger Umstand, also namentlich eine Bedingung, zu einem wesentlichen Bestandtheile eines be- oder entstehenden Rechtsverhältnisses erhoben werden kann. Ist dies geschehen, so muß eine derartige nunmehr wesentliche Thatsache, z. B. der Eintritt einer Bedingung, von der Partei behauptet und nöthigenfalls erwiesen werden, welche Rechte daraus ableitet. Hierin ist der Anlaß zu der entgegengesetzten Theorie zu suchen, welche von der an sich unzweifelhaften Ansicht ausgeht, daß aus einem bedingten Vertrage vor Eintritt der Bedingung nicht geklagt werden kann. Allein daraus, daß eine unbestrittene Thatsache eine gewisse Folge hat, läßt sich unmöglich die Frage beantworten, wer den Beweis der Thatsache führen müsse, wenn sie bestritten wird. In jenem Fall stimmen die Parteien überein, daß das Geschäft an eine Bedingung geknüpft sei, und deshalb können Rechte aus demselben erst dann abgeleitet werden, wenn die Existenz der Bedingung behauptet und erforderlichen Falles bewiesen ist. In diesem wird dasselbe Resultat beabsichtigt durch die von einer der Parteien aufgestellte Behauptung der beigefügten Bedingung: das Resultat kann aber erst dann eintreten, wenn diese Behauptung von demjenigen erwiesen ist, welchen, nach den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen, die Beweislast trifft.

Aus dieser Darstellung erhellt zugleich, daß kein Grund

vorhanden ist, zu unterscheiden zwischen auflösenden und aufschiebenden Bedingungen, und bei diesen, ob sie bei oder nach Abschluß des Geschäfts hinzugefügt wurden.

Nach den entwickelten Grundsätzen, welche besonders in neuerer Zeit Vertreter gefunden haben [1]), hat das Collegium mehrfach erkannt [2]).

2) Die in Rede stehende Nebenberedung ist als Resolutivbedingung aufzufassen.

Ueber die Frage, ob ein Handel auf Besicht eine aufschiebende oder aufhebende Bedingung enthalte, wird zunächst die Wortfassung entscheiden. Die Nebenberedung nun ist vom Beklagten wörtlich angegeben. Sie wird mithin als Grundlage für die Erklärung dienen müssen, und nicht das ihr zufällig vorangehende Ableugnen eines reinen und unbedingten Abschlusses. Denn, abgesehen davon, daß dasselbe mit der Annahme einer Resolutiv-Be-

---

1) Z. B. Gesterding im Archiv für civ. Prax. Bd. 2. S. 217 bis 227. — Bethmann-Hollweg Versuche S. 354. Nr. 2. — Klerulff Civilrecht Bd. I. S. 299. Not. Nachschrift. Weitere literarische Nachweisungen finden sich bei Wilh. v. Pufendorf Observationen. Celle 1841. Nr. 6. und Hänel in der Zeitschr. f. C.-R. u. Pr. N. F. Bd. 1. S. 388. Not. 1., welcher die Frage der Beweislast bei aufschiebenden Bedingungen nach den Gattungen der Rechtsgeschäfte beurtheilt, und bei doppelseitigen den für pflichtig hält, welcher die Bedingung behauptet. Pufendorf dagegen unterscheidet in alter Weise zwischen aufschiebenden und auflösenden Bedingungen, mit Bezugnahme auf ein Präjudiz des O.-A.-Gerichts zu Celle von 1835. Die Justizcanzlei zu Göttingen dagegen reformirte in Sachen v. Kapff wider Brüning im Jahre 1834 ein Erkenntniß des dasigen Stadtgerichts, welches dieselbe Unterscheidung befolgt hatte, im Sinn der oben vertheidigten Ansicht.

2) 1843 Nr. 1. Gills wider Hofmeister (Grevismühlen, J.-C. zu S.); 1843 Nr. 3. Buddi wider Becker, Obergericht u. J.-C. zu R.

dingung nicht unvereinbar ist, so kann doch dieses Leugnen nur darüber Aufschluß geben, wie Beklagter derzeit den Inhalt jener Beredung auffaßt. Geht man aber von dieser aus, so weisen die Worte „und der Handel sei dadurch aufgehoben" deutlich auf einen Handel mit beigefügter Resolutivbedingung hin, und es ist kein Grund vorhanden, ihnen nur den unbestimmten Sinn beizulegen, der Handel sei nicht perfect geworden. Auch wird diese Auffassung durch die nachfolgende Angabe „Beklagter habe dem Kläger seinen Rücktritt vom Handel erklären lassen" unterstützt. Denn die Ausdrücke „den Handel aufheben" oder „von ihm zurücktreten" sind mit der Redensart „den Handel rückgängig machen" völlig gleichbedeutend, und daß letzterer entschieden auf eine Resolutivbedingung hinweise, steht überall nicht zu bezweifeln [1]). Zu dem gleichen Resultate würde die Rechtsansicht führen, daß ein Zweifel für eine aufhebende, nicht für eine aufschiebende Bedingung zu präsumiren sei [2]), oder doch wenigstens alsdann, wenn die Sache sofort dem Erwerber übergeben ward [3]), wie hier nach einstimmiger Angabe der Parteien geschehen ist. Allein jene allgemeine Präsumtion ist in den Rechten nicht begründet, und bei dem vorliegenden Handel auf Besicht insbesondere streitet im Zweifel die Vermuthung für eine Suspensiv-Bedingung [4]). Auch enthält die zweite Ansicht keine vollständige Berichtigung der ersteren. Die Uebergabe allein genügt nicht, da deren Gründe sehr mannigfach sein können. Sie muß geschehen sein in

1) Cropp in Heise und Cropp's Abh. Bd. 1. S. 191. §. 2. z. E.

2) Thibaut P.-R. 8. A. §. 89. (121) z. E.. Wening C.-R. von Fritz I, 135 Not. y, z.

3) Cropp a. a. O. S. 193. Not. 13.

4) l. 1. pr. D. de periculo et commodo. 18. 6.

der Absicht, das Rechtsgeschäft zu erfüllen [1]). Diese Absicht wird in der Regel nicht in Worten ausgesprochen, sondern aus den Umständen zu entnehmen sein. So offenbar in allen den Fällen, in welchen das römische Recht aus der Uebergabe einen Schluß auf eine Resolutivbedingung zuläßt [2]). Läge daher in dem vorliegenden Fall nur die Uebergabe des Pferdes vor, so würde aus ihr an sich nichts zu schließen sein, da sie verschiedene Zwecke haben konnte: in Verbindung aber mit dem Inhalt der Verabredung kann die Absicht, daß sie zur Erfüllung des Kaufes geschah, nicht weiter bezweifelt werden.

In der Hauptsache ist demnach das Gesuch des Klägers in dieser Instanz begründet, nicht so in Ansehung der Prozeßkosten. Denn:

3) Das Vorhandensein früherer günstiger Entscheidungen kann, und muß im vorliegenden Falle, eine Vergleichung der in der Rechtsmittelinstanz erwachsenen Kosten zur Folge haben.

Die ältere Praxis, geleitet durch die Vorschriften der sächsischen Prozeßordnungen, stellte den unbedingten Grundsatz auf, daß das Vorhandensein eines früheren abweichenden Urtheils eine Vergleichung der Kosten in der Instanz der Rechtsmittel nothwendig veranlasse. Ihr folgte in der Theorie die umgekehrte Ansicht, welche jenen Umstand für bedeutungslos erklärt, und dem Unterliegenden, beim Mangel anderer Gründe, stets die Kosten aufbürdet. Diese Theorie hat sich allmählig bei den Gerichten Eingang zu

1) Thöl's H.-R. §. 71. V.

2) l. 8. vgl. mit l. 1. §. 3. D. de jure dotium 23. 3. l. 1. §. 2. D. pro dote 41. 9. (Der Fall einer vor Eingehung der Ehe übergebenen dos) — l. 1. D. de lege commissoria 18. 3. (lex commissoria). l. 2. §. 4. D. pro emtore 41. 4. (in diem addictio).

verſchaffen gewußt. Auch in hieſigen Landen ſoll „nach feſter übereinſtimmender Anſicht der Obergerichte das Daſein eines günſtigeren Erkenntniſſes keinen Grund zur Koſtencompenſation abgeben“ [1]), und das Ober-Appellationsgericht hat, im Jahre 1826, die von ihm in einem Falle, wo frühere günſtige Entſcheidungen vorlagen, neben einer abändernden Entſcheidung ausgeſprochene Verurtheilung in die Koſten dadurch gerechtfertigt, „daß nach der bei ihm angenommenen Theorie, ungeachtet der Rechtsfall nicht zweifellos ſei, und keine beſondere temeritas litigandi vorliege, ſchon der verſchuldete Schaden zum Koſtenerſatz verpflichte, und dieſer bei einem error in jure ſtets erſindlich ſei, ſelbſt dann, wenn die Richter früherer Inſtanzen gleichmäßig ſollten geirrt haben [2]). Eine feſte Anſicht der Obergerichte über dieſe Frage exiſtirt jedoch nicht [3]), und die Anſichten des höchſten Gerichts können alsdann nicht in Betracht kommen, wenn bei einem Mittelgerichte ſich bereits eine Praxis gebildet hat. Das Spruchcollegium hat nun in früherer Zeit [4]) das Vorhandenſein einer vorausgehenden günſtigen Entſcheidung als einen Grund zur Koſtenvergleichung aufgefaßt, und iſt dieſer Anſicht auch ſpäter im Ganzen treu geblieben [5]). Und mit Recht.

---

1) Trotſche Materialien S. 146. Not. 8.

2) v. Nettelbladts Rechtsſprüche Bd. 3. S. 63. Nr. 5.

3) Die Juſtiz-Canzlei zu Roſtock reformirte in Sachen Lamprechts contra Meyer am 10ten Januar 1839 einen Beſcheid des Amtsgerichts zu Rühn vom 16ten Februar 1838 und verglich die Koſten.

4) Eſchenbach ſagt in einer Recenſion der Schrift von Weber über die Prozeßkoſten z. E. (in den ungedruckten Annalen der Roſtocker Academie): „daß die Roſtocker Juriſtenfacultät den in dieſer Schrift enthaltenen Grundſätzen bis dahin nicht gefolgt ſei.“

5) So, 18$^{30}/_{31}$ Nr. 15. in S. Schüneman wider Haveman (Neu-

Zwar ist die Verbindlichkeit zum Kostenersatz aus dem Gesichtspunkt eines widerrechtlich zugefügten Schadens zu beurtheilen, und diese Verpflichtung wird durch den Umstand, daß der Unterliegende Ansichten der Rechtslehrer oder Präjudicien für sich hat, an sich nicht aufgehoben. Allein anfechtbare Urtheile lassen sich mit dem Angeführten nicht auf eine Stufe stellen. Durch Anordnung der Gerichte erklärt der Staat, daß dieselben des Rechtes und dessen Anwendung auf die zur Beurtheilung vorgelegten streitigen Thatsachen kundig sind. Unrichtigen Rechtsdeductionen der Parteien kann daher an sich kein Einfluß auf die Fällung des Urtheils zugeschrieben werden, sondern nur dem, nicht etwa anderweit entschuldbaren, Vortrag unrichtiger Thatsachen. Daraus folgt, daß ein auf solche, nicht aber ein auf falsche Rechtssätze oder deren Anwendung basirtes Erkenntniß die betreffende Partei für die, auf dessen Aufhebung verwandten Kosten verantwortlich macht. Und ferner, daß man vermuthen muß, ein Urtheil sei den Rechten gemäß. Der Sieger handelt also in seinem Rechte, wenn er dasselbe vertheidigt, und es ist keine unjuristische Ansicht, daß man von einem streitenden Theile nicht füglich verlangen könne, die Vortheile eines günstigen Erkenntnisses freiwillig aufzugeben — es wäre denn, daß das Vorbringen falscher Thatumstände dasselbe veranlaßt hätte. Hebt nun ein späteres Urtheil das frühere wegen unrichtiger Auffassung oder Anwendung des Rechts wieder auf,

---

buckow, J.-Canzlei zu R.); $18^{31}/_{32}$ Nr. 58. Kloster Dobbertin wider Dohms (J.-Canzlei zu G.); $18^{32}/_{33}$ Nr. 24. Aschberg wider Paetow (Hirschberg, J.-Canzlei zu R.); 1839 Nr. 7. Schoof wider Schoof (Gericht und Obergericht zu R.). Endlich ward in der Note 2 genannten Sache, 1839 Nr. 11., die einzige, auf Kostencompensation gerichtete, Beschwerde von dem Spruchcollegio verworfen.

so stellt sich die Existenz des früheren, in sofern dessen Verfassern, oder der Partei, zu deren Gunsten gesprochen ist, sonst nichts zur Last fällt, als ein durch die Unvollkommenheit menschlicher Geisteskraft entstandener Zufall heraus, dessen Folgen jede Partei gleichmäßig zu tragen hat.

Wollte man indessen, im Widerspruch mit obiger Entwicklung, die Partei in allen Fällen für ein ihr günstiges, anfechtbares, Urtheil verantwortlich machen, so fehlt doch auch so noch viel daran, daß ein abänderndes Erkenntniß stets die Verurtheilung des Unterliegenden in die Kosten der Rechtsmittel-Instanz zur Folge haben müßte. Der frühere Ausspruch wird keineswegs stets deshalb aufgehoben, entweder weil er auf Unrichtigkeiten in Thatsachen gestützt ist, oder weil eine falsche Bestimmung des Rechts dabei zum Grunde liegt. Theils nämlich kann es vorkommen, daß die Thatsachen, z. B. ein Vertrag, sehr verwickelter Natur sind, und beide Theile in dieser Beziehung ein Verschulden trifft; theils ist es möglich, daß es sich handelt um die Anwendung schwankender Rechtssätze. Eine solche Unsicherheit wird namentlich oftmals vorkommen bei dem auf dem Wege wissenschaftlicher Deduction gewonnenen Recht, wohin z. B. die Lehre von der Beweislast zu rechnen ist, bei welcher die Verschiedenheit der Resultate nothwendig durch die Vordersätze bedingt ist, von welchen ausgegangen wird. Tritt nun der Fall ein, daß in Betreff derselben Frage von den verschiedenen Landesgerichten entgegengesetzte Grundsätze befolgt werden, so fällt damit jedwede Verschuldung einer Partei, die von einer dieser Auffassungsweisen Gebrauch macht, hinweg.

Aus diesem Allen aber ergibt sich, daß die Frage, ob ein abänderndes Erkenntniß die Vergleichung der in der Rechtsmittel-Instanz erwachsenen Kosten auszusprechen

habe, nicht durchgängig bejaht werden kann, vielmehr ſtets von dem concreten Fall abhängig iſt.

In dem Vorliegenden nun hat das zweite Urtheil theils unhaltbare Anſichten über die Beweislaſt befolgt, theils die Thatſachen unter das Recht unrichtig ſubſumirt, und über die Beweislaſt in Betreff aufſchiebender und auflöſender Bedingungen befolgen die Spruch-Behörden des Landes entgegengeſetzte Grundſätze [1]). Hierdurch iſt der vorſtehenden Ausführung zufolge die Vergleichung der Koſten beider Reſtitutionsinſtanzen gerechtfertigt. —

---

1) Wie außer dem gegenwärtigen Fall auch aus 1844 Nr. 3. Buddi wider Becker (Obergericht und Juſtiz-Canzlei zu R.) erhellt.

II.

1. Der Umstand, daß der Schuldner den Schuld- oder Hypothekenschein besitzt, bewirkt für sich allein nicht die Rechtsvermuthung, daß die Schuld getilgt sei.

2. Die Rückgabe des Schuldscheins vom Gläubiger an den Schuldner begründet nicht bloß die Rechtsvermuthung, daß die Schuld bezahlt sei, sondern die allgemeinere, daß der Gläubiger den Schuldner aus dem Rechtsverhältniß, worüber die Verschreibung lautet, nicht in Anspruch nehmen wolle. (l. 2. §. 1. D. de pactis. 2. 14.)

3. Das Pfandrecht ist durch die Stadtbuchordnung vom 22. December 1829 nicht zu einem selbstständigen dinglichen Recht erhoben, sondern hat die Natur eines accessorischen Rechts zur Sicherung einer obligatio behalten.

A. Geschichtserzählung.

Der Bürger Lange zu Rhena verlangt mittelst einer bei dem Großherzoglichen Amtsgericht zu Zarrentin am 31sten October 1842 eingereichten Klage von dem Erbpächter Jörß zu Schaalhof und dem Schulzen Gattermann zu

Cölzin, als Vormündern der minderjährigen Kinder und Erben seines Bruders, des verstorbenen Erbpächters Friedrich Lange zu Cölzin, eine Erklärung zur Tilgung der für diesen Bruder auf das dem Kläger bis dahin zubehörige, in der sogenannten Bülower Straße zu Rhena belegene Wohnhaus, in Folge Schuldverschreibung de term. Johannis 1839 unterm 9ten November 1843 eingetragenen 200 Thlr. n. ⅔, und Erstattung der Kosten, indem er als Anlaß der Intabulation Folgendes angibt:

Antoni 1839 habe er seinen Bruder um ein Darlehn von 200 Thlr. n. ⅔ ersucht, und von diesem eine abschlägige Antwort erhalten, jedoch mit dem Anerbieten, das Geld gegen Ausstellung einer Schuldverschreibung zu negociiren. Mit Klägers Einwilligung habe nun F. Lange eine auf ihn lautende Schuldverschreibung d. d. Rhena term. Johannis 1839 über 200 Thlr. n. ⅔, jährlich mit 4 p. Ct. verzinsbar, unter Vorbehalt halbjähriger Kündigung für beide Theile, aufgesetzt, Kläger dieselbe unterschrieben, und sein Bruder solche in Empfang genommen. Die Zahlung sei jedoch nicht erfolgt, vielmehr der älteste Sohn seines Bruders zwischen Michaelis und Weihnachten 1839 nach Rhena gekommen, habe im Auftrag des letztern die Schuldverschreibung zurückgebracht, und ihm dabei eröffnet: sein Vater habe so auf dieselbe kein Geld anschaffen können, und wünsche, daß Kläger das Capital zu Stadtbuch auf sein Haus intabuliren lasse; sobald dies geschehen, und das desfallsige Attest nebst Verschreibung seinem Vater überliefert wäre, solle das Geld erfolgen. Demgemäß habe Kläger die so zurückempfangene Verschreibung am 9ten November 1839 intabuliren lassen und die gesammten Papiere etwa 8 Tage vor Weihnachten 1839 nach Cölzin gebracht. Bei seiner Ankunft habe er

den Bruder so krank vorgefunden, daß dieser einige Stunden darauf gestorben sei. An eine Regulirung des Schuldverhältnisses sei natürlich nicht zu denken gewesen, und auf desfallsige Anfrage vor seiner Abreise, nach der Beerdigung des Bruders, habe die Wittwe desselben erwidert: „daß sie von dergleichen noch nichts wissen möge." Er habe nunmehr auf den Rath des Bürgermeisters zu Rhena die Sache einstweilen ruhen lassen. Da jedoch inzwischen sein Haus von ihm verkauft sei, und der Käufer bis zur Tilgung der intabulirten 200 Thlr. vom Kaufgeld die gleiche Summe zurückhalte, so habe er die Vormünder der Erben seines Bruders durch vorstehende Thatumstände zur Abgabe der erforderlichen Erklärung zu bewegen gesucht; jedoch vergebens. Daher seine Klage, die er auf den Besitz des Schuldocuments und Hypothekenscheins, so wie auf die Rückgabe des ersteren stützt.

In den folgenden Verhandlungen ist der Schulze Gattermann allein als Beklagter aufgetreten. Dieser acceptirt das gegnerische Geständniß, daß Kläger sich im Besitz einer Schuld- und Pfandverschreibung befinde, aus welcher seinen Curanden eine Forderung von 200 Thlr., nebst Zinsen zu 4 p. Ct. seit term. Joh. 1839 zustehe, hält die Behauptung des Gegners, valuta nicht empfangen zu haben, derzeit theils wegen Zeitablaufs, theils deshalb für nicht mehr zu beachten, weil Kläger in dem zur Liquidation aller Forderungen an den Nachlaß des verstorbenen Lange anberaumten Termine bei Anmeldung der seinigen die gegenwärtige nicht erwähnt habe, läugnet dessen Behauptungen im Allgemeinen und deducirt, daß aus dem Besitz, resp. der Rückgabe der Verschreibung ein dem Kläger günstiger Schluß nicht zu ziehen sei. Er bittet daher um Abweisung der Klage und fordert als Widerkläger

Herausgabe der Schuldverschreibung nebst Hypothekenschein, so wie Verurtheilung des Gegners zur Zahlung der auf die Schuld seit term. Joh. 1839 rückständigen Zinsen und der gesamten Prozeßkosten.

Der Kläger hat die Nichtanmeldung seines Anspruchs in dem Liquidationstermin eingestanden — der Besitz der Urkunde befreie ihn von dieser Verpflichtung — und ebenso, daß er bis dahin auf die überall nicht existirende Forderung keine Zinsen bezahlt habe.

Auf Veranlassung einer Aufgabe des Gerichts an den Beklagten, Erkundigungen über die von dem Kläger behaupteten Thatumstände bei der Mutter der Curanden und dem ältesten derselben einzuziehen, hat der Vormund einen Brief des letztern d. d. Boitin 12. December 1842 eingereicht, worin es heißt:

„ich kann die Versicherung geben, daß ich von der ganzen Sache nichts mehr weiß, da es schon bereits über 3 Jahre her sind, — obgleich ich mich wohl entsinne, daß ich eine Schrift von Cölzin nach Rhena an Onkel gebracht habe, und daß Onkel darüber etwas sagte — so wie auch Mutter nichts Bestimmtes darüber wird angeben können" —

und erklärt, daß die Mutter hiemit völlig einverstanden sei. Dagegen hat der Kläger einen Brief jenes Curanden vom 12. Februar 1843 zu den Acten gebracht, der eine Bestätigung sämtlicher relevanten, in der Klage vorgetragenen Thatsachen, insofern der Briefsteller sie aus eigener Wahrnehmung zu beurkunden vermag, enthält, und worin versichert wird, daß Kläger in der Zeit zwischen dem Besuch des Neffen in Rhena und dem Todestage seines Vaters nicht in Cölzin gewesen sei; schließlich auch die Ueberzeugung ausgesprochen ist, daß der verstorbene Lange, bei

seinem damaligen schon kränklichen Zustande, an eine Zahlung der 200 Thlr. nicht gedacht haben werde, und die Intabulation ohne Grund geschehen sei.

Der Beklagte erwidert hierauf, daß dieses Schreiben seiner Fassung nach und wegen des Widerspruchs mit den ihm mündlich gemachten und obigen schriftlichen Aeußerungen des Curanden keinen Werth habe.

In einem Protocollarbescheid des Gerichts vom 24. Juli 1843 ist der Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen, und dem Gesuch der Widerklage gemäß, so wie in sämtliche Prozeßkosten, mit Ausnahme der durch einen vom Beklagten frustrirten Termin erwachsenen, verurtheilt.

Kläger legte dagegen am 6. August 1843 das Rechtsmittel der Appellation ein, beschwerte sich über die erfolgte Abweisung und Verurtheilung, hat das Rechtsmittel am 18. August 1843 bei G.-J.-Canzlei zu Schwerin eingeführt, und sind, nachdem die Acten erster Instanz eingegangen, auch die Rechtfertigung der Beschwerden am 6. September 1843 und deren Beantwortung von Seiten des Appellaten am 10. November 1843 erfolgt war, die Acten mittelst Beschlusses der G.-J.-Canzlei vom 7. Juni 1844 von Amtswegen versandt worden, da die Stimmengleichheit im Collegio nicht zu heben gewesen ist.

B. Rechtliche Beurtheilung.

Die Formalien des eingewandten Rechtsmittels sind nach §§. 17, 26 und 29 des Rechtsmittelsgesetzes gewahrt und die Beschwerden des Appellanten materiell begründet.

Der Kläger beabsichtigt die Tilgung einer auf sein Haus geschehenen hypothekarischen Eintragung. Zu dem Ende ist nach der Stadtbuchordnung §. 28 zweierlei erforderlich:

1. der Beweis entweder:
   a. daß die obligatio, für welche das Pfandrecht bestellt ward, nicht existent geworden; oder
   b. daß sie erloschen sei; oder
   c. daß der Gläubiger sein Recht aus der Eintragung aufgegeben habe.
2. entweder:
   a. die Reproduction des Hypothekenscheins mit den etwaigen Umschreibungsatteſten, (vgl. V. v. 16. Febr. 1838 Nr. 8); oder
   b. die Nachweisung, daß deren Mortification erwirkt sei.

Von diesen Erfordernissen ist der Kläger im Stande, das Requisit 2. a. zu erfüllen, da er sich in dem Besitz des Hypothekenscheins befindet. Es handelt sich für ihn darum, den Beweis seiner Behauptung zu führen, daß die in Rede stehende obligatio nicht existent geworden sei (1. a.). Er vermöchte denselben zu erbringen durch das Geständniß seines angeblichen Gläubigers. Dieser weigert sich, ihm dasselbe abzulegen, und es fragt sich daher, ob Kläger berechtigt ist, von seinem Gegner die Abgabe der Erklärung, daß er nicht Gläubiger geworden sei, zu erzwingen. So lange sich der Gegner nicht irgend wie als Gläubiger gerirt hat, fehlt es hiefür im Weigerungsfall an einem Rechtsgrund. Dem Schuldner bleibt alsdann nur übrig, nach §. 30. 1. a. der St.-B.-O. auf den Grund des Besitzes des Hypothekenscheins Mortificationsproclame, und so die Erklärung seines Gegners darüber, ob er Gläubiger sei oder nicht, zu erwirken. Behauptet aber der Gegner, daß er Gläubiger sei, und dies kann im vorliegenden Fall, wenn man den Inhalt der Klage mit der Vernehmlassung vergleicht, nicht bezweifelt werden, so ist, bekannten Rechtsgrundsätzen zufolge, ein Jeder berechtigt,

dasjenige, was ohne allen Grund aus seinem Vermögen in das eines Andern gekommen ist, mit der sine causa condictio zurückzufordern, und der Erfolg dieser Klage, wenn sie begründet und rechtlich erwiesen ist, wird der sein, daß der Beklagte verurtheilt wird, dasjenige, was er empfangen hat, zurückzugeben. Diese Zurückgabe wird aber in dem vorliegenden Fall entweder in der ausdrücklichen oder in contumaciam angenommenen Erklärung bestehen, das von ihm behauptete Schuldverhältniß existire nicht. Es fragt sich daher zunächst, ob das Vermögen des Beklagten bereichert sei. Diese Frage muß bejaht werden. Denn die Parteien stimmen darin überein, daß von Seiten des Klägers eine Intabulation von 200 Thlr. auf das Haus des Beklagten stattgefunden habe. Durch die geschehene Eintragung in das Stadtbuch wird aber nach §. 47 sowohl der rechtliche Bestand des eingetragenen Rechts, wie auch dessen Vorzug ein für allemal in unumstößliche Gewißheit gesetzt: und da die Wirkung dieser Eintragung nach §. 53 Abs. 1. erst durch die, bis dahin noch nicht beschaffte, Tilgung erlischt, so liegt mithin das erste Requisit der Condiction, ein datum, erwiesen vor. Es fragt sich nun ferner, ob dasselbe sine causa geschehen sei. Zur Beantwortung dieser Frage führt die Prüfung der Gründe, aus welchen Kläger das Nichtvorhandensein der Forderung herleitet, für welche das Pfandrecht constituirt ward. Er behauptet, valuta nicht empfangen zu haben, und läugnet damit, daß ein Darlehn contrahirt worden sei. Ist nun Kläger gegenwärtig, nachdem seit Ausstellung der Schuldverschreibung mehr als 3 Jahre und seit der Intabulation fast 3 Jahre verflossen sind, mit einer solchen Behauptung noch zu hören? Diese Frage muß im vorliegenden Falle nicht nach gemeinem Rechte, in wel-

chem darüber gestritten wird, ob, wenn 2 Jahre seit Ausstellung einer Schuldverschreibung verflossen sind, der Schuldner noch berechtigt sei, den Beweis des nicht empfangenen Geldes zu führen, und eben so wenig nach V. vom 17. März 1838, (O.W. 14), sondern lediglich nach §. 36 Nr. 1 der St.B.O. entschieden werden. Hienach ist der Schuldner zum Beweise der nicht geschehenen Zahlung nur dann zu lassen, wenn er seine Behauptung binnen 30 Tagen nach der Intabulation zur Vermerkung angezeigt hat. Diese Vermerkung ist von dem Kläger überall nicht behauptet, und da das Gesetz nur in diesem einzigen Fall dem Schuldner den Beweis gestattet, valuta nicht empfangen zu haben, so ergibt sich daraus, daß der Kläger auf diesen Grund die Nichtexistenz der Forderung zu stützen nicht befugt ist. Auch vermag der Besitz der Schuldverschreibung und des Hypothekenscheins für sich allein hieran nichts zu ändern. Dieser Besitz begründet nemlich weder eine gesetzliche Vermuthung für die nicht erfolgte Zahlung, noch berechtigt er zu deren Beweise. Er hat nur Bedeutung als eins der Erfordernisse zur Tilgung und gibt die Berechtigung zur Mortification. Wenn aber — sei es in Folge erlassener Proclame oder anderweit — der Gläubiger seine Rechte geltend macht, so kann sich der Schuldner dadurch allein, daß er in dem Besitz der Papiere ist, den gegnerischen Ansprüchen nicht entziehen. Auch ist an diesen Grundsätzen durch die Instruction für die Stadtbuchbehörden vom 6. April 1840 Nr. 43 (O.W. Anl. zu Nr. 14) nichts geändert. Die hier verfügte Insinuation des Hypothekenscheins an den Schuldner hat keineswegs, wie Appellant vermeint, den Zweck, den Schuldner, bei etwa noch nicht erfolgter Zahlung, gegen den Gläubiger dergestalt sicher zu stellen, daß das Recht des letztern erst

mit der Uebertragung dieſes Beſitzes ſeinen Anfang nähme. Das Recht beginnt nach §. 47 der St. B. O. mit dem Moment der Eintragung, und die Inſinuation an den Schuldner hat, abgeſehen davon, daß ſie an dieſen, als den Extrahenten der Verfügung, der Regel nach ohnehin geſchehen mußte, vielmehr den Zweck, den Schuldner von dem Datum der Eintragung in Kenntniß und ihn ſo in den Stand zu ſetzen, im Fall nicht erfolgender Zahlung die Vormerkung zur Wahrung ſeiner Rechte rechtzeitig zu beſchaffen.

Mit der Aufhebung der Einrede, daß die valuta nicht gezahlt ſei, iſt aber keineswegs die in l. 2. §. 1. D. de pactis 2, 14. (Paulus) enthaltene Rechtsvermuthung aufgehoben. Meiſtens wird dieſelbe ſo aufgefaßt: der Beweis, daß der Gläubiger die Schuldverſchreibung dem Schuldner zurückgegeben habe, befreie dieſen von dem Beweiſe der Zahlung. Die Worte: si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit, haben indeß eine umfaſſendere Bedeutung. Aus der Rückgabe ſoll allgemein gefolgert werden, daß der Gläubiger den Schuldner aus dem Rechtsverhältniß, worüber die Verſchreibung lautet, nicht in Anſpruch nehmen wolle. Die Gründe, weshalb er dieſes nicht will, können der mannigfachſten Art ſein: ſie können mithin unter Anderm auch darin liegen, daß ein wahres Schuldverhältniß unter den Parteien gar nicht beſtanden hat; daß die Verſchreibung ohne Grund ausgeſtellt war. Behauptet nun der Kläger, daß der älteſte Sohn ſeines Bruders ihm den auf term. Joh. 1839 ausgeſtellten Schuldſchein in deſſen Auftrag nach Michaelis 1839 zurückgebracht habe; ſo liegt in dieſer Rückgabe, wenn ſie bewieſen iſt, eine Rechtsvermuthung

dafür, daß eine obligatio aus dem Darlehn zwiſchen beiden Brüdern nicht exiſtire, und F. Lange keine weitern Rechte aus dem Schein in Anſpruch nehmen wolle.

Eine Rechtsvermuthung kann durch Gegenbeweis beſeitigt werden. Zu dem Ende fragt es ſich, welche Bedeutung der am 9. November 1839 erfolgten Intabulation dieſes Schuldſcheins beizulegen iſt.

Die Rückgabe des Scheins enthält keine Vermuthung dafür, daß die obligatio ipso jure null ſei; ſie gibt gegen die desfallſige Klage nur eine exceptio. Mit Recht könnte man nun in der ſpäter erfolgten Eintragung der Schuld einen Verzicht auf dieſe exceptio und den Beweis finden, daß die Rückgabe der Verſchreibung nicht in der Abſicht geſchehen ſei, um die aus ihr abzuleitenden Rechte aufzugeben. Allein neben der Rückgabe erfolgte von Seiten des Gläubigers das in der Klagſchrift motivirte Verlangen einer Intabulation und das Verſprechen der Zahlung, ſobald die Verſchreibung ſamt Hypothekenſchein in ſeinen Händen ſei; mithin die Erklärung, daß bis dahin ein Darlehnsvertrag zwiſchen ihnen nicht zu Stande gekommen ſei, und das Verſprechen, ihn einzugehen, ſobald der Schuldner die Papiere überreichen würde. Entſprach derſelbe nun dieſem Verlangen, ſo kann darin kein Verzicht auf die aus der Rückgabe des Schuldſcheins ſich ergebenden Schlußfolgerungen, ſondern nur eine Erfüllung der ihm zur Erlangung eines Darlehns geſtellten Bedingung gefunden werden. Es ward alſo die Intabulation vorgenommen für eine nicht exiſtirende Schuld, und es wäre, da Kläger den Hypothekenſchein, nach deſſen Auslieferung er das Geld verſprochenermaßen erhalten ſollte, noch in den Händen hat, vielmehr Pflicht des Beklagten geweſen, Thatſachen dafür anzuführen, daß die Zahlung erfolgt und

die Schuld ſo zur Exiſtenz gelangt ſei. Dies iſt aber von ſeiner Seite überall nicht geſchehen.

Eine andere Auffaſſung der geſchehenen Intabulation hängt mit der rechtlichen Bedeutung dieſes Acts zuſammen. Iſt das durch die Eintragung begründete Pfandrecht noch gegenwärtig als acceſſoriſches Recht einer obligatio anzuſehen, oder hat es den Character eines ſelbſtſtändigen dinglichen Rechts angenommen, dergeſtalt, daß durch die Eintragung die obligatio vertreten wird? Für die letztere Anſicht kann man ſich auf die Worte der St.B.O. §. 50. 47 berufen: „daß der Inhalt des Stadtbuchs vollſtändigen Beweis liefere" und „daß durch die Eintragung in daſſelbe der Beſtand des eingetragenen Rechts in unumſtößliche Gewißheit geſetzt werde." Dem widerſprechen jedoch direct die zur Tilgung einer Intabulation in St.B.O. §. 28 Nr. 1 aufgeſtellten Erforderniſſe. Sie wird zugelaſſen, wenn, außer dem Beſitz des Hypothekenſcheins, die Nachweiſung erfolgt iſt, daß „das eingetragene Recht" oder „die Hauptverbindlichkeit" nicht exiſtent ward. Dieſe beiden Ausdrücke bezeichnen jedoch nicht etwa pignus oder obligatio, ſondern nur die letztere. Denn wollte man jenes annehmen, ſo würde der Verzicht des Gläubigers als zweiter abgeſonderter Tilgungsgrund in §. 28 Nr. 2. unerklärlich ſein, da er in den Worten der Nr. 1. „oder auf irgend eine Weiſe erloſchen iſt" ſchon enthalten wäre. Es wird alſo die Möglichkeit anerkannt, einen von dem Stadtbuch unabhängigen Beweis der Nichtexiſtenz der obligatio zu führen, und ſo die Eintragung zu vernichten; womit natürlich der Satz umgeſtoßen wird, daß dieſe die Stelle der obligatio vertrete. Demnach ſind die obigen ſcheinbar widerſtreitenden Stellen von dem Beſtande des Pfandrechts für ſich allein zu verſtehen, womit ſowohl die

folgenden Worte „als auch deſſen Vorzug," inſonderheit aber der Umſtand übereinſtimmt, daß bei den Requiſiten zur Tilgung nur der Beweis, daß der Gläubiger verzichtet, nicht aber auch der, daß das Pfandrecht nicht exiſtent geworden ſei, gefordert wird. Zweifel kann dabei nur erregen, daß die Worte „das eingetragene Recht" in §. 28 zur Bezeichnung der obligatio, in §. 47 zur Bezeichnung des Pfandrechts gebraucht werden; doch möge dieſes um ſo mehr auf ſich beruhen bleiben, als die Worte der erſten Stelle, wie gezeigt, ein müßiger Zuſatz ſind. Demzufolge hat das Pfandrecht durch die St.B.O. die Natur eines acceſſoriſchen Rechts nicht verloren, und die Eintragung für ſich allein vermag einer nicht exiſtirenden Forderung keine Realität zu geben.

Dieſem Allen zufolge hängt die Durchführung der Klage von dem Beweiſe ab, daß F. Lange den Schuldſchein mit dem Verlangen der Intabulation dem Kläger zurückgeſandt habe. Dieſer Beweis liegt bis dahin nicht in den Acten. Denn der Beklagte nimmt die Behauptungen des Klägers in Abrede, und der vom Beklagten anerkannte Brief ſeines älteſten Curanden vom 12. Febr. 1843 widerſpricht zwar nicht abſolut dem Schreiben deſſelben vom 12. Decbr. 1843, und ebenſowenig können die nicht näher angegebenen Einwendungen gegen deſſen Faſſung in rechtliche Erwägung gezogen werden. Der Brief hat aber in einem gegen die Vormundſchaft über ſämmtliche von F. Lange hinterlaſſene Kinder geführten Prozeſſe nur die Bedeutung einer unbeſchwornen ſchriftlichen Ausſage eines dritten, und als ſolche keine beweiſende Kraft. Gegen den auferlegten Beweis durfte der des Ausſchluſſes nicht nachgelaſſen werden. Denn abgeſehen davon, daß in der Vernehmlaſſung die Thatumſtände, aus denen die recht-

liche Wirksamkeit einer in Betreff des von F. Lange nachgelassenen Vermögens erfolgten Edictalcitation und der darauf erfolgten Präclusion, beurtheilt werden könnte, nicht vollständig angegeben sind, so kann begreiflicherweise von einer Anmeldungspflicht bei einer rechtlich nicht existirenden Forderung überall nicht die Rede sein, und als solche stellt sich dieselbe heraus, sobald der dem Kläger auferlegte Beweis geführt ist.

Die erhobene Widerklage hängt von dem Erfolg der Vorklage ab, und die Vergleichung der in der Appellationsinstanz erwachsenen Kosten, mit Einschluß derjenigen, welche durch die von Amtswegen verfügte Actenverschickung entstanden sind, entspricht, bei dem, durch unrichtige Rechtsanwendung von Seiten des ersten Richters herbeigeführten Wechsel des Erkenntnisses, den von dem Spruch-Collegio in solchen Fällen von jeher befolgten Rechtsgrundsätzen.

III.

1. Der Correſpondentrheder hat nicht die Befugniß ohne Erlaubniß der Mitrheder ein Schiff zu verfrachten.

2. Erklärung einer in Betreff der Frage, ob zu einer oder mehreren See-Fahrten Erlaubniß erbeten und gegeben ſei, beſtrittenen Miſſive.

3. Ein Mitrheder, welcher zu der an ſeinem Wohnort geſchehenen officiellen Bekanntmachung des Abgangs eines Schiffes ſchweigt, genehmigt dadurch die von dem Correſpondenten über daſſelbe getroffene Dispoſition.

Der Kaufmann Winckelmann zu Roſtock, Correſpondentrheder des Schooners Hans Friedrich, Capitain Samuel Jäger, ſetzte am 4. April 1842 bei der Rhederei folgende Miſſive in Cirkel:

„da in dieſem Jahre wenig Ausfrachten ſind, ſo erlaube ich mir vorzuſchlagen, den Schooner nach Gothland ſegeln zu laſſen, und dort für Rechnung des Schiffes Kalk zu laden. Wenn auch kein bedeutender Gewinn bei dieſem Geſchäft zu erzielen iſt, ſo

glaube ich doch, daß ein kleiner Nutzen für's Schiff übrig bleibt."

Die Zustimmung der Rhederei erfolgte, der Schooner segelte im April 1842 aus Warnemünde ab, und legte seine Reise glücklich zurück. Am 28. Mai 1842 ward das Schiff zu gleichem Zweck von dem Correspondenten, ohne weitere Anfrage bei den Rhedern, abermals nach Gothland geschickt, verunglückte jedoch auf der Heimfahrt.

Auf den Grund dieser eigenmächtig angeordneten zweiten Fahrt verlangt nun der Kaufmann Philibert zu Rostock, Rheder zu $\frac{1}{64}$ in dem Schooner, den Einkaufspreis dieses Parts mit 39 Thlr. 3 ß. n. $\frac{2}{3}$ auf dem Wege der Klage.

Der Beklagte hält diesen Anspruch für unbegründet, weil der Correspondent als solcher zur Anordnung von Fahrten im Interesse des Schiffs berechtigt sei; weil der Kläger zur zweiten Reise des Schiffs ausdrücklich oder stillschweigend Vollmacht ertheilt, und endlich weil er sie factisch genehmigt habe.

1. Der Correspondent ist Mandatar der Rhederei, und der Umfang der in seiner Vollmacht enthaltenen Befugnisse läßt sich da, wo dieselben weder durch Vertrag, noch durch Gesetz oder Gewohnheit bestimmt sind, nur aus dem Zweck des Instituts entnehmen. Hervorgegangen ist das Amt eines correspondirenden Rheders aus dem durch die vermehrte Zahl der Mitrheder herbeigeführten Bedürfniß eines beständigen Organs, um die Beschlüsse der Rhederei zu vollziehen, dem Schiffer seine Instructionen zu ertheilen, die Rechnung des Schiffs zu führen, und die auf solches bezüglichen Nachrichten zur Kunde der Interessenten zu bringen. In dem Umfang dieser Geschäfte liegt kein Grund, die Befugniß zu Verfügungen über das

Eigenthum der Mitrheder am Schiff ihm zuzuſchreiben, da von Niemandem ohne Weiteres anzunehmen iſt, daß er die Dispoſitionen über Theile ſeines Vermögens an Dritte übertragen habe. Die Eigenthumsrechte des Rheders beſtehen nun in der Dispoſition über den Verkaufs- und den Gebrauchs-Werth ihrer Parte. Der Correſpondent hat mithin in Betreff des Verkaufswerths nicht das Recht zu Veräußerungen des ganzen Schiffs oder der einzelnen Parte: er darf ſie weder verkaufen, noch verpfänden. Und ebenſo wenig iſt er befugt, die Subſtanz des Schiffs durch Vornahme bedeutender Reparaturen weſentlich zu verändern. Auf der andern Seite iſt er auch nicht berechtigt, über den Gebrauchswerth des Schiffes nach ſeiner Willkür zu verfügen, denn der Zweck der Rhederei beſteht vornehmlich in dem Gelderwerb durch Frachten, und kein Rheder iſt verpflichtet, deren Annehmlichkeit fremdem Ermeſſen zu überlaſſen, da hierin eine Dispoſition über die Verwerthung des von ihm im Schiff angelegten Capitals enthalten iſt. Und wenn der Correſpondentrheder zwar vor den übrigen Rhedern die Verpflichtung hat, dafür Sorge zu tragen, daß das Schiff in Fahrt gehalten werde, ſo kann doch unmöglich aus dieſer Pflicht, Frachten anzuſchaffen, ein Schluß gemacht werden auf das Recht, über deren Abſchluß zu entſcheiden. Dieſes Recht erhält der Correſpondent auch nicht dadurch, daß das römiſche Recht dem Schiffer die allgemeine Befugniß einräumt, Frachten abzuſchließen, ohne Zuſtimmung der Rheder und dabei nicht zwiſchen dem Fall ihrer Anweſenheit oder Abweſenheit unterſcheidet [1]). Denn theils hat der Schiffer heutzutage am Orte der Rheder nicht mehr die Befugniß, das Schiff

1) l. 1. §. 3. und 7. D. de excercitoria actione (14. 1.).

ohne deren Einwilligung zu befrachten [1]), und jedenfalls fehlt es an dem Beweis, daß deſſen Befugniſſe auf den Correſpondentrheder übertragen ſind. Als Regel des gemeinen Rechts muß es daher angeſehen werden, daß derſelbe zum Abſchluß von Frachten am Orte ſeiner Mitrheder deren Erlaubniß einzuholen hat. Mit dieſer Regel ſtimmen die nahmhafteſten neuern Seerechte überein [2]), und keins iſt vorhanden, welches ausdrücklich das Gegentheil verfügte, keins, aus welchem ſich mit Sicherheit das Gegentheil deduciren ließe [3]).

Der Richtigkeit dieſer Grundſätze thut es auch keinen Abbruch, wenn einzelne Schriftſteller ohne Anführung von Gründen das Gegentheil behaupten [4]), oder einzelne Correſpondenten, geſtützt auf das in ihre Dispoſitionen von den Mitrhedern geſetzte Vertrauen, deren Einwilligung nicht nachſuchten. Denn wenn die Letzten ſich auch bisweilen bei ſolchem Verfahren beruhigt haben, ſo folgt daraus noch nicht, daß ſie ſtets verbunden ſind, dies zu thun. Nur dann leiden dieſe Grundſätze eine Ausnahme, wenn ſich nachweiſen läßt, daß vermöge beſonderer Ueblichkeit an einem Orte der Abſchluß von Frachten dem Ermeſſen des Correſpondenten gänzlich anheim geſtellt iſt. Die Behauptung, daß eine ſolche Ueblichkeit in Roſtock exiſtire,

---

1) Code de commerce art. 232. Boulay — Paty cours du droit commercial maritime T. II. S. 12. p. 50—57. Wetboek van Koophandel 'S. Gravenhage 1838. art. 371. Vgl. Heiſe und Cropp jur. Abhdl. Bd. I. S. 451. Not. 13.

2) Wetboek van Koophandel art. 331. — Codigo commercial Portuguez 1836. art. 1351.

3) Cropp in Heiſe und Cropp's Abhdl. Nr. 24. §. 11 und 12.

4) Poehls Seerecht Bd. 1. §. 377. S. 123.

iſt jedoch vom Beklagten nicht aufgeſtellt, und darf daher im vorliegenden Fall nicht zum Beweiſe verſtellt werden.

Hat alſo der Beklagte ohne Auftrag das Schiff nach Gothland geſandt, ſo liegt darin eine Ueberſchreitung der dem Correſpondenten als ſolchem zuſtehenden Befugniſſe, und er iſt verpflichtet, auch für die mittelbaren Folgen ſeiner rechtswidrigen Handlung — hier den Verluſt des Schiffs durch Sturm — aufzukommen [1]).

Von dieſer Verbindlichkeit befreit ihn weder der Umſtand, daß er Mitrheder iſt, und als socius nur für die in eignen Angelegenheiten übliche Sorgfalt aufzukommen hat. Denn bei der Verſendung des Schiffes verfuhr er nicht als socius, ſondern als Correſpondent, d. h. als Mandatar des Klägers. Noch kann hier, da das Mandat, wie gezeigt, dieſen Fall nicht in ſich faßt, eine nützliche Geſchäftsführung von Seiten des Beklagten angenommen werden. Denn, abgeſehen davon, daß es zweifelhaft iſt, ob die Dispoſition dem Kläger nützlich war, da er es vorziehen konnte, ſein Part zu verkaufen [2]), ſo wird der Geſichtspunkt der Geſchäftsführung jedenfalls dadurch ausgeſchloſſen, daß Kläger für eine gegenwärtige Perſon handelte, die ihre Angelegenheiten ſelbſt zu beſorgen, eventuell ſich ſofort darüber zu erklären vermochte, ob ſie mit ſeiner Beſorgung einverſtanden ſei oder nicht [3]). Auch iſt endlich der Umſtand, daß Kläger bei der erſten Reiſe nicht verſichert hat, und es überhaupt nicht üblich iſt, ſolche kleine Parte zu verſichern, ſo wie, daß die Be-

---

1) l. 11. §. 1. D. locat. 19, 2.

2) l. 10. §. 1. D. de negotiis gestis (3, 5.)

3) §. 1. J. de obligationibus quasi ex contractu (3, 28.) — l. 1. l. 2. l. 11. l. 31. §. 2. D. de negotiis gestis (3, 5.)

dingungen der erſten und zweiten Reiſe die gleichen waren, nicht geeignet, das Verſchulden des Beklagten als effectlos darzuſtellen. Denn daraus, daß Kläger, falls er eingewilligt, nicht verſichert haben würde, kann ebenſo wenig deſſen Einwilligung zur Reiſe gefolgert werden, wie frühere Frachtbedingungen eine unbedingte Norm für die folgenden abzugeben im Stande ſind.

2. Die Frage, ob der Beklagte zur Anordnung der zweiten Fahrt ausdrücklich bevollmächtigt war, hängt ab von der Erklärung der Miſſive vom 4. April. — Für die Behauptung, daß der Correſpondent nur eine einmalige Fahrt vorgeſchlagen habe, iſt der Ausdruck „ſegeln" ohne Bedeutung. Denn wenn Kläger meint, daß, falls die Abſicht auf mehrere Fahrten gerichtet geweſen ſei, das Wort „fahren" gebraucht wäre, ſo iſt dagegen zu bemerken, daß nach allgemeinem deutſchen und hieſigem Sprachgebrauch die Worte „ſegeln" und „fahren," in ſo fern es auf die Frage, ob eine ein- oder mehrmalige Fahrt gemeint ſei, ankommt, ſynonym ſind. — Andrerſeits iſt der von dem Beklagten geltend gemachte Umſtand, daß kein reines Fracht-, ſondern die Verbindung eines ſolchen mit einem kaufmänniſchen Geſchäft vorliege, für die vorliegende Frage gleichfalls irrelevant. Denn ein Kalkgeſchäft kann entrirt werden mit einer Ladung, wie mit mehreren, und, wenn Beklagter meint, daß eine richtige Speculation darauf geführt habe, die erſte Ladung zu lagern, eine zweite u. ſ. f. herbeizuholen, und für den Verkauf die günſtigſte Conjunctur abzuwarten, ſo hatte der Kläger ebenſo viel Recht zu ſeiner Anſicht, daß man das Geſchäft auf eine Ladung beſchränken und von deren Reſultat die Anfuhr fernerer Ladungen abhängig machen müſſe. — Die Frage, ob die in den Motiven zum Vorſchlag enthaltenen Worte

„in dieſem Jahre" auf den Vorſchlag ſelbſt zu beziehen ſeien, iſt abhängig von der Erklärung der Worte, die das Motiv bilden. Dieſelben können zweierlei bedeuten, entweder, daß bis zum 4. April wenig Ausfrachten angeboten ſeien, oder, daß es in dem ganzen Jahre 1842 ſchwer ſein werde, Ausfrachten zu erhalten. Wäre die letzte Erklärung die richtige, und ſie würde es ſein, wenn ſtatt „ſind" geſchrieben wäre „ſein werden," ſo mußte jeder Rheder, da der Correſpondent dafür zu ſorgen hat, das Schiff in Fahrt zu erhalten, den Motiven zufolge, einen Vorſchlag für das Jahr 1842, ſo lange die Schiffahrt offen, erwarten. Unterſchrieb er daher die Miſſive, ſo hatte er in die Fahrten während des ganzen Jahres gewilligt, und kann ſich ſpäter nicht darüber beſchweren, wenn ein von ihm ertheiltes generelles Mandat in dieſem Sinn verſtanden und ausgeführt ward: wollte er ſein Mandat nicht ſo verſtanden wiſſen, ſo mußte er daſſelbe bei der Unterſchrift auf eine Fahrt beſchränken. Allein die zweite Erklärung iſt ebenſo gut möglich, und ſo lange es ſich noch anderweit ermitteln läßt, welcher Sinn bei einem Vertrage gemeint iſt, darf man nicht zu dem letzten Auskunftsmittel, daß im Zweifel gegen den Proponenten zu interpretiren ſei [1]), ſeine Zuflucht nehmen. Wollte nun der Beklagte die erſte Erklärung für ſich in Anſpruch nehmen, ſo mußte er, um darzuthun, der Kläger habe die Miſſive nur in dieſem Sinn verſtehen dürfen, behaupten, die kaufmänniſche Anſicht ſei im Frühjahr 1842 dahin gegangen, daß im Laufe jenes Jahrs wenig Ausfrachten zu haben ſein würden, und dieſes im Läugnungsfall erweiſen.

---

1) l. 39. D. de pactis. 2, 14. l. 21. l. 33. D. de contr. empt. 18, 1. l. 172. D. de R. J.

Eine ſolche Behauptung iſt aber von ihm nicht aufgeſtellt: ſie hat überhaupt umſichtiger Weiſe nicht aufgeſtellt werden können. Denn die Conjunctur in Betreff der Frachten unterliegt im Laufe eines Jahrs ſo mannigfachen Einflüſſen, daß Niemand im Stande iſt, darüber nur einigermaßen ſichere Vermuthungen auszuſprechen, weshalb auch die Möglichkeit einer allgemeinen kaufmänniſchen Anſicht hinſichtlich einer derartigen Frage geläugnet werden muß. Die Erforſchung derſelben Zwecksauslegung des vorliegenden Vertrags würde daher ohne Reſultat ſein. Behauptet alſo auch Beklagter, daß er dennoch eine derartige Meinung aufgeſtellt habe, ſo iſt er wenigſtens nicht berechtigt, von dem Kläger zu verlangen, daß dieſer ſie in den die zweite Erklärung nicht minder zulaſſenden Worten habe entdecken müſſen, und aus der Unterſchrift der Miſſive auf deſſen Einwilligung in die ferneren Fahrten zu ſchließen. Ein ausdrücklicher Auftrag liegt alſo nicht vor.

3. Eine ſtillſchweigende Vollmacht kann aus der Beſtimmung des Schiffs und der Natur der fraglichen Reiſe nicht entnommen werden. Zwar wird Niemand bezweifeln, daß es nicht erforderlich ſei, bei dem nach Warnemünde gehenden Dampfſchiff oder den kleinen bis zur Rhede gehenden Frachtſchiffen die Einwilligung der Mitrheder zu den einzelnen Fahrten einzuholen, da dieſelben durch die Beſtimmung der Schiffe zu dieſen Reiſen im Voraus genehmigt ſind. Daß aber der Hans Friedrich von jeher eine ſolche Beſtimmung gehabt habe, iſt in den Acten nicht behauptet worden, und der Umſtand, daß andere Schiffe zwiſchen den Oſtſeehäfen regelmäßige Fahrten in möglichſt großer Anzahl zu machen pflegen, kann unmöglich zu dem Schluß berechtigen, daß die Rhederei auch dieſes Schiff in gleicher Art habe verwenden wollen. Eine

ſtillſchweigende Vollmacht leitet aber Beklagter auch daraus her, daß Kläger vor der zweiten Reiſe nach Gothland den Capitain am Strande gefragt habe: „ob er noch nicht bald machen wolle, daß er fortkäme?" Dieſe Frage, ſo wie überhaupt ſeine Kenntniß von dem Vorhaben einer zweiten Fahrt, ſtellt Kläger in Abrede, und bringt ein Atteſt des Schiffers bei, dahin, daß Kläger durch dieſen von deſſen zweiter Reiſe nicht in Kenntniß geſetzt ſei. Iſt nun gleich dieſe Beſcheinigung weder materiell noch formell geeignet, den Beweis zu erbringen, daß Kläger von ſolcher keine Kunde erhalten, ſo genügt doch anderſeits die vom Beklagten hervorgehobene Thatſache nicht, um daraus den Schluß zu ziehen, daß Kläger von der bevorſtehenden anderweiten Verſendung des Schiffs nach Gothland unterrichtet geweſen ſei, da die nähere Beziehung zu ſolcher in der behaupteten Frage fehlt, und dieſelbe unter den Geſichtspunkt einer allgemeinen Erkundigung fällt, ob Ausſicht auf baldige Fracht vorhanden ſei. Es würde daher wegen dieſer Unbeſtimmtheit die in Rede ſtehende Thatſache nicht zum Beweiſe verſtellt werden können.

4. Die nachfolgende ſtillſchweigende Genehmigung ſteht jedoch einer Bevollmächtigung gleich. Der Beklagte leitet ſie aus Folgendem ab. Die am hieſigen Rathhauſe angeſchlagenen offiziellen Liſten des Lootſen-Commandeurs zu Warnemünde und daraus die Roſtocker Zeitung vom 31. Mai 1842 enthalte die Nachricht:

Aus Warnemünde gegangen: Mai 28.: Hans Friedrich, Jäger, nach Gothland, mit Ballaſt.

Hierdurch ſei der Kläger hinlänglich von der zweiten Reiſe des Schooners nach dem Ziel der erſten, in der Roſtocker Zeitung vom 19. April mitgetheilten Reiſe in Kenntniß geſetzt, und habe daher, wenn er jene gemißbilligt, die Ver-

pflichtung gehabt, gegen das Verfahren des Correſpondenten zu proteſtiren, oder ſein Part zu verſichern. Da beides vom Kläger unterlaſſen ſei, ſo müſſe angenommen werden, daß er die Dispoſitionen des Beklagten gebilligt habe. Der Kläger beſtreitet zwar die Exiſtenz jener Bekanntmachungen nicht, läßt es aber dahin geſtellt ſein, ob er durch dieſelben von der zweiten Fahrt Kenntniß erhalten, mit dem Anfügen, daß ſolches überall nicht relevire, da das Kundbarwerden einer Widerrechtlichkeit dieſe nicht aufhebe, noch weniger aber ihm die Verpflichtung auferlege, derſelben durch Verſicherung ein Opfer zu bringen: hätte er verſichert, ſo würde darin eine Anerkennung der Fahrt gelegen haben. Allein:

a) von jedem Rhederei treibenden Kaufmann muß angenommen werden, daß er von den offiziellen auf die Schiffahrt bezüglichen Nachrichten ſeines Wohnorts ſich genaue Kunde verſchaffe. Behauptet er, dieſelbe nicht gehabt zu haben, ſo kann er ſich nur dadurch von dem Vorwurf grober Nachläſſigkeit befreien [1]), daß er hinlängliche Entſchuldigungsgründe ſeines Nichtwiſſens angibt. Eine derartige Angabe hat im vorliegenden Fall nicht Statt gefunden, und der Kläger muß daher rechtlich ſo angeſehn werden, als ob ihm die zweite Fahrt bekannt geworden ſei.

b) War dieſelbe nun ohne ſeine Genehmigung unternommen, ſo hatte Kläger, nach erhaltener Kunde, zwar nicht die Verpflichtung durch Verſicherung ſich gegen möglichen Schaden zu ſchützen, wohl aber die Verbindlichkeit,

---

1) l. 3. l. 6. l. 9. §. 2. D. de juris et facti ignorantia 22, 6. l. 11. §. 3. D. de instit. act. 14, 3. „certe si quis dicat — se — non observasse, quod propositum erat, quum multi legerent, quumque palam esset propositum, non audietur.

seine abstimmige Ansicht dem Correspondenten sofort zu erkennen zu geben. Denn die in dem kaufmännischen Verkehr nothwendige Rücksicht auf Treu und Glauben gestattet nicht, daß es der Willkür einer Partei überlassen bleibe, ein für sie unternommenes Geschäft bei günstigem Erfolg zu genehmigen, im entgegengesetzten Fall zu mißbilligen. Wollte der Kläger das Letzte, so mußte er protestiren. Er sicherte sich dadurch wider seinen Gegner den Anspruch auf Erstattung der erweislichen Schäden, mögen dieselben durch die entzogene Setzungsbefugniß, den Verkauf des Parts, die Möglichkeit, eine bessere Fracht anzuschaffen, oder sonst wie, entstanden sein: er verzichtete aber zugleich auf den möglichen Gewinn der Reise. Schwieg er dagegen, so schwieg er, wo er zu reden verpflichtet war, und genehmigte so die unternommene Fahrt mit allen ihren Chancen. Diese Grundsätze sind im römischen Recht in einer Mehrzahl von Anwendungen [1]), insonderheit auch in Bezug auf das dem vorliegenden analoge Verhältniß des exercitor zum magister [2]), anerkannt worden.

5. Die Behauptung des Klägers endlich, in dem Nachtrag zur Restitutions-Rechtfertigungsschrift, daß den Correspondentrheder, der hiesigen Ueblichkeit gemäß, die Verpflichtung treffe, die Mitrheder von der Zeit des Abgangs, dem Gegenstand der Ladung und dem Ziel der Reise — etwa durch Umsendung der vom Schiffer eingegangenen Briefe — zu unterrichten, der Gegner sich hieran versäumt, ihm, dem Kläger, mithin die Möglichkeit, sein

---

1) l. 12. l. 16. D. ad Sctum Macedonianum 14, 6. l. 6. §. 2. l. 18. l. 53. D. mandati 17, 1. l. 60. D. de r. j. 50, 17. l. 6. C. mandati. 4, 35. l. 2. D. ad municipalem 50, 1.

2) l. 1. §. 5. D. de exercitoria actione 14, 1.

Part zu versichern, entzogen habe, und folglich, da das Schiff auf der Reise von Gothland nach Rostock verunglückt sei, entschädigen müsse, konnte, ganz abgesehen von ihrer rechtlichen oder factischen Begründung, gegenwärtig keine Berücksichtigung finden, da das Vorbringen neuer Thatsachen, welches eine wesentliche Abänderung der Klage oder die Häufung einer neuen Klage in sich schließt, in der Rechtsmittel-Instanz unzulässig ist [1]).

Aus der unter Nr. 4. ersichtlichen Ausführung ergibt sich, daß das Urtheil vom 24. April 1844, welches den Kläger mit der erhobenen Klage abwies, gerecht ist, und waren demnach die auf dem Wege der Restitution dawider erhobenen Beschwerden, unter Verurtheilung des Imploranten in die Kosten der Instanz, zu verwerfen.

Anhang.

Da die

Gründe des ersten Erkenntnisses

von den so eben aufgestellten Principien mehrfach abweichen, so wird es nicht ohne Interesse sein, dieselben gleichfalls kennen zu lernen. Sie lauten:

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Gränzen der Befugnisse des Correspondentrheders zunächst nach einer ihm etwa bei seiner Wahl ertheilten schriftlichen oder mündlichen Vollmacht oder Instruction zu beurtheilen sind. Eine solche ist aber, hiesiger Ueblichkeit gemäß, dem Verklagten nicht gegeben worden, und es existirt hier auch kein publicirtes Gesetz, welches die Befugnisse der Correspondentrheder näher regulirt, wie dies in andern Ländern wohl der Fall ist. — Somit bleibt denn nur übrig,

1) Rechtsmittelgesetz für Rostock §. 33a.

solche Befugnisse und die Gränzen der alleinigen Thätigkeit des Correspondentrheders nach allgemeinen Grundsätzen, nach der Analogie anderer Seerechte, so wie nach der hiesigen Ueblichkeit und der Beschaffenheit des gerade vorliegenden Falles zu bestimmen, und nach allem diesen erscheint der Verklagte wohl befugt, den zweiten Kalktransport von Gothland, ohne zuvorige erneuerte Anfrage bei der Rhederei, zu veranlassen.

Im Allgemeinen muß nämlich, wie auch in andern Seerechten ausdrücklich gesagt ist, sein Mandat als auf die alleinige Besorgung aller, das gemeinsame Fahrzeug betreffenden laufenden und nicht ganz ungewöhnlichen Geschäfte gerichtet, betrachtet werden, und zu solchen laufenden, recht eigentlich bei Anstellung eines dirigirenden Rheders für denselben bestimmten Geschäften gehört unbedenklich die in Fahrt-Haltung des Schiffes und die Aufsuchung und Abschließung von Frachten, zumal wenn sowenig ein Gesetz, als die Instruction der Mitrheder, den dirigirenden Rheder angewiesen haben, bei jeder Fracht zuvor ihre Zustimmung einzuholen [1]).

Zwar versteht es sich von selbst, daß auch ohne desfallsige bestimmte Vorschriften der Correspondentrheder zumal da, wo die übrigen Rheder sich am Platze befinden, in wichtigen das Schiff betreffenden Angelegenheiten deren Zustimmung einholen muß, daß er z. B. nicht allein den Schiffer absetzen, Hauptreparaturen vornehmen, das Schiff verbodmen oder gar veräußern kann, aber die gewöhnlichen Geschäfte, die auf den regelmäßigen Betrieb

---

1) Meno Pöhls Bd. I. §. 377. Heise und Cropp jurist. Abhdl. Bd. I. S. 508. 512—517. [Hier sind die Gründe der im Text angenommenen, von Cropp aber verworfenen Ansicht dargestellt.]

der Frachtschiffahrt sich beziehen, sind ihm so lange mit seinem Amte allein übertragen, als er nicht durch Gesetz oder erklärten Willen seiner Mandanten auch darin gebunden ist. — Der Abschluß eines auswärtigen Frachtcontracts pflegt zwar sehr häufig hier im Orte zu denjenigen Vorkommenheiten gerechnet zu werden, zu welchen die Einstimmung der Mitrheder eingeholt wird, allein keineswegs existirt hieselbst eine allgemeine Ueblichkeit dahin, daß dies geschehen müsse in jedem Falle; vielmehr ist es hinlänglich bekannt, daß sehr viele der hiesigen Correspondentrheder in solchen Fällen nicht erst bei der Rhederei anzufragen pflegen. Namentlich ist dies der Fall da, wo ein Schiff während der Sommerzeit regelmäßige Fahrten hin und zurück, zwischen hier und einem andern Ostseehafen oder Handelsplatz, in möglichst großer Zahl zu machen pflegt, allwo die allgemeine Anzeige solcher Fahrten genügt, und nicht jede einzelne Fahrt wiederholt der zuvorigen Genehmigung unterstellt wird; und bei den kleinen nur bis zur Rhede gehenden Frachtschiffen wird bekanntlich kein Mitrheder über die einzelnen Frachten gefragt, obgleich in solchen doch auch eine Disposition über fremdes Miteigenthum enthalten ist, und das gemeinsame Fahrzeug ebenso gut auf dem Flusse, und auf der oft noch gefährlicheren Rhede verunglücken kann, als auf offner See. Ein ähnliches Verhältniß kann nun sehr füglich in der Missive gefunden werden, nach welcher der fragliche Schooner Hans Friedrich zum Kalkladen von Gothland auf hier für Schiffsrechnung, durch gemeinsamen Beschluß bestimmt ward. Es ward kein eigentlicher Frachtcontract in der Missive proponirt, vielmehr ein Kalkgeschäft für Schiffsrechnung, mit dessen erfolgter Genehmigung auch die dazu nöthigen Reisen genehmigt erscheinen, wenigstens ward

über das Quantum des herbeizuholenden Kalks nichts gesagt und ſtillſchweigend dies, ſo wie alſo auch die Zahl der Fahrten dem pflichtmäßigen Ermeſſen des Correſpondentrheders überlaſſen. Es kommt hinzu, daß durch die öffentlich aushängenden und durch die hieſigen Blätter publicirt werdenden Schiffsnachrichten jeder hieſige Rheder allerdings Gelegenheit hat, auch ohne Anzeige des Correſpondentrheders von der Ankunft oder dem Wiederabgange des gemeinſamen Fahrzeuges Kenntniß zu nehmen, und ſofort Aſſecuranz zu zeichnen oder ſonſtige Maaßregeln zu ergreifen. — Und da eine nachfolgende ausdrückliche oder ſtillſchweigende Genehmigung einer zuvorigen Bevollmächtigung gleichgeachtet wird, alle Rheder aber, nach öffentlich bekannt gemachter Wiederabreiſe des Hans Friedrich nach Gothland ſtille ſchwiegen, ſo würde eventualiter auch daraus die Genehmigung der zweiten Reiſe folgen. Kläger hat freilich ſeine Kenntnißnahme von dieſer zweiten Reiſe geläugnet; ein Beweisverfahren hierüber kann aber deshalb nicht eintreten, weil er ſelbſt dann, wenn ihm, der zwiefachen öffentlichen Ankündigung ungeachtet, wirklich die Wiederabfahrt unbekannt geblieben wäre, keinen Anſpruch an den Correſpondentrheder hätte, den kein Geſetz, keine Ueblichkeit, zur Anzeige unbedingt verpflichtete, zumal dann nicht, wenn im Allgemeinen bereits ein Kalktransportgeſchäft von Gothland her einſtimmig genehmigt war.

IV. [1])

1. Rechtsbeständigkeit von Forderungen aus Geschäften, welche sich auf Collectur für auswärtige verbotene Lotterien beziehen.

2. Verfahren eines Advocaten bei Anfertigung eines Documents zur Verdeckung eines solchen Geschäfts. Injurienklage und Einrede der Wahrheit.

3. Rückforderung des Documents. Quod metus causa actio: ob turpem causam condictio.

A. Geschichtserzählung.

Der Lotteriecollecteur B. zu Berlin, Gläubiger des Collecteurs A. zu Schwerin aus einer den Vertrieb Königl. Preußischer Lotterieloose bezweckenden Geschäftsverbindung, ließ seinen Schuldner durch den Advocat M. zur Zahlung mahnen. Dieser veranlaßte statt solcher die Ausstellung einer Verschreibung, in welcher A. bekannte, dem M. die Summe von 618 Thlr. 20 Sgr. dafür schuldig geworden zu sein, daß dieser die gleiche Summe für A. an B. berichtigt habe. Zur Sicherung der Forderung ist dem Gläubiger bis zu deren Belauf ein Legat, welches der Schuld-

1) Verändert.

ner von dem Dr. K. zu Hamburg seiner Zeit zu erheben hat, cedirt worden. M. hat das Schulddocument sofort an B. cedirt, und A. die Cessionsacte agnoscirt. Als nun B. den Dr. K. von der Cession des Legats in Kenntniß setzte, und dieser den A. hievon wiederum benachrichtigte, protestirte der Letzte in einem Schreiben an K. unterm 16. October 1843 gegen die dem M. ausgestellte Schuldverschreibung, welche er „für das arglistige Erzeugniß unredlicher Vorstellung und Zuredung, die M. sich gegen ihn erlaubt habe, erklärte." A. hat ferner in einem Brief an M. vom 10. November 1843 die Rückgabe der cassirten Verschreibung verlangt, da er von ihm durch List und unter Bedrohung mit allen Unannehmlichkeiten juristischer Strenge und Härte zur Umgehung des den Debit fremder Lotterielooſe untersagenden Strafgesetzes, vermocht sei, die Verschreibung auszustellen, und deren Cession an B., welchem er jenen Betrag bürgerlich wirksam nicht geschuldet, zu agnosciren.

Gestützt auf diese Briefe, erhebt M. wegen der in ihnen enthaltenen Beschuldigung, daß er des Amtes eines Sachwalds unwürdig sei, und seinen Eid als Doctor der Rechte und Advocat gebrochen habe, eine Injurienklage, und verlangt Bestrafung des A.

Dieser gesteht, die Verschreibung ausgestellt und die Briefe geschrieben zu haben, er schützt die Einrede der Wahrheit vor, da durch die Handlungsweise des Klägers dessen in den Briefen enthaltene Beurtheilung gerechtfertigt sei, und bittet um Abweisung der Klage. Widerklagend verlangt er die cassirte Rücklieferung der mehrgedachten Schuldverschreibung.

M. replicirt: Er habe den Beklagten zu bereden gesucht, sich in Ansehung der von ihm als richtig eingestan-

denen Forderung des B. über einen Zahlungstermin zu einigen. Nachdem ihm solches gelungen sei, habe er vorgeschlagen, dem Schulddocument die Form zu geben, daß A. ihn, den M., als denjenigen aufführe, welcher die Zahlung an B. für A. geleistet habe, und daß er, M., die Verschreibung sodann an B. cediren wolle, damit A. nicht durch die bei einer etwaigen Klagbarwerdung nöthige Production der Urkunde in die Strafe von 5 Thlr. falle, welche ein Collecteur für jedes in einer auswärtigen Lotterie gespielte Loos zu zahlen habe. A. habe das Document mehrere Tage im Hause gehabt, und sodann, wie auch die Cession an B. unterschrieben. Er läugne demnach, daß der Beklagte durch Bedrohung mit allen Unannehmlichkeiten juristischer Härte und Strenge zur Ausstellung der Verschreibung von ihm bestimmt sei: er habe den A. nur auf die Folgen eines Prozesses, als den Ausbruch des Concurses, da er zur Zeit zahlungsunfähig sei, und bedeutende Kosten, sowie auf die wegen des Debits mit auswärtigen Loosen zu zahlende Strafe aufmerksam gemacht. Die Widerklage sei theils an sich unbegründet, theils deshalb, weil er dem von A. als Cessionar anerkannten B. die Verschreibung ausgeantwortet habe.

A. hat um Actenversendung gebeten.

B. Rechtliche Beurtheilung.

1. Vorklage.

Der Beklagte hat zugestanden:

a) die in Rede stehende Schuldverschreibung vollzogen;
b) in Beziehung auf die Verschreibung den Brief an den Dr. K. unterm 16. October 1843 geschrieben;
c) den Brief vom 10. November 1843 an den Kläger gerichtet zu haben.

Es fragt ſich daher, ob Beklagter befugt geweſen ſei, über die Handlungsweiſe des Klägers eine Beurtheilung, wie ſolche vorliegt, auszuſprechen. Da das Colligiren für Lotterien, welche in hieſigen Landen nicht zugelaſſen ſind, in einer Reihe von Verordnungen bei namhafter Strafe unterſagt iſt, ſo muß es zunächſt als ausgemacht angeſehen werden, daß ein Rechtsgeſchäft, welches ein fremder Collecteur mit einem hieſigen zur Beförderung des verbotenen Colligirens abgeſchloſſen hat, zu den reprobirten Obligationen gerechnet werden muß, und ein Anſpruch aus einem ſolchen Geſchäft nach hieſigem Recht weder auf dem Wege der Klage noch der Einrede geltend gemacht werden kann. Da nun die Forderung des B. an den Beklagten aus einem Rechtsgeſchäft entſtanden war, durch welches die von Letzterem für die in Meklenburg nicht conceſſionirte Königl. Preußiſche Lotterie betriebene Collectur herbeigeführt ward, ſo entbehrte dieſe Forderung aller rechtlichen Wirkſamkeit. Wenn indeſſen ein Gläubiger in eigner Perſon oder durch einen Bevollmächtigten den Verſuch macht, aus einer ſolchen Forderung ſich Zahlung, oder ein ſchriftliches Verſprechen derſelben von ſeinem Schuldner zu verſchaffen, ſo kann in einem ſolchen Beginnen an ſich nichts unerlaubtes gefunden werden. Es fragt ſich daher im vorliegenden Fall nur, ob der Kläger, als Bevollmächtigter des B., durch erlaubte Mittel die Ausſtellung der Schuldverſchreibung von Seiten des Beklagten veranlaßte. Nach der Darſtellung des Klägers in ſeiner Replikenhandlung ſcheint es zwar anfangs, als wenn derſelbe den geſetzlichen Weg nicht verlaſſen habe. Er will ein Arrangement zwiſchen B. und A. herbeigeführt, und nachdem ihm ſolches gelungen, im Intereſſe des Beklagten, um dieſen, falls B. klagbar werden ſollte, von der auf geſetz-

widriges Colligiren gesetzten Strafe zu befreien, der Schuldverschreibung die gewählte Form gegeben haben. Allein im Laufe der Darstellung ist derselbe gleichwohl geständig, daß er den Beklagten zur Ausstellung des Documentes in der Weise beredet habe, daß er ihn auf die Folgen eines Prozesses, den Ausbruch des Concurses über sein Vermögen, und bedeutende Kosten, namentlich die wegen des Debits mit auswärtigen Loosen zu zahlende Strafe aufmerksam machte. Er drohte mithin dem Beklagten mit der Alternative, entweder sich aus dem Collecturgeschäfte, wenngleich erfolglos, verklagen zu lassen, und in Folge der hiedurch herbeigeführten Denunciation eine bedeutende Geld- oder Gefängnißstrafe zu erleiden, oder sich durch eine den wahren Sachverhalt verdeckende Verschreibung zur Berichtigung einer nichtigen Forderung anheischig zu machen. Ein derartiges Bereden enthält aber die Anwendung eines Mittels, wodurch die Anerkennung einer reprobirten Forderung nicht herbeigeführt werden darf. Wenn daher ein immatrikulirter Advocat, um die Forderung seines Committenten durchzusetzen, in der eben bezeichneten Weise verfährt, so verletzt derselbe die einem Sachwalter nach Vorschrift der Rechte [1]) obliegenden Pflichten. Ob und inwiefern nun der Kläger durch diese Handlungsweise sich strafbar gemacht habe, steht derzeit nicht zur Beurtheilung, sondern nur die Frage, ob der Beklagte ein Recht hatte, das Verfahren seines Gegners, wie geschehen, zu charakterisiren. Diese Frage ist zu bejahen. Von einer strafbaren Injurie kann überall nicht die Rede sein, wenn Jemand von einem Andern verübte rechtswidrige Handlungen behauptet oder mittheilt [2]). Da nun

1) L. und H. G.-O. Th. 1. Tit. 18.
2) l. 18. pr. D. de injuriis 47, 10.

das von dem Kläger geſtändigermaßen angewandte Verfahren dem Obigen zufolge als rechtswidrig erſcheint, ſo war der Beklagte, welchen es betraf, befugt, daſſelbe als ſolches zu bezeichnen. Nur dann würde Letzterer wegen ſeiner Erklärung in Anſpruch genommen werden können, wenn die Form derſelben eine unerlaubte wäre, indem ſie neben der ausgeſprochenen Anſchuldigung eine beſondere Herabwürdigung des Gegners enthielte. Dies iſt jedoch keineswegs der Fall: vielmehr erſcheinen die in Rede ſtehenden Erklärungen, durch welche Beklagter dem Kläger, ſowie dem Dr. K. gegenüber, ſich ganz unverholen über das Verfahren des Erſteren ausſprach, durch die Umſtände völlig gerechtfertigt. Demnach mußte die Einrede der Wahrheit für begründet erachtet, und Kläger mit der erhobenen Klage abgewieſen werden.

2. Die Widerklage.

Sie iſt gerichtet auf Rückgabe der obgedachten, in Folge von Drohungen, zur Verdeckung einer reprobirten Forderung ausgeſtellten Schuldverſchreibung. Die Drohungen ſowie die Beſchaffenheit jener Forderung ſind nach der bei Beurtheilung der Klage gelieferten Darſtellung als erwieſen anzuſehen. Allein die Drohungen für ſich betrachtet, ſo wenig ſie auch von Seiten des Widerbeklagten gerechtfertigt erſcheinen, ſind für den Widerkläger nicht ſo gewichtig, um die quod metus causa actio zu begründen [1]). Die Forderung als ſolche anlangend, ſo würde zwar der Widerkläger, aus der ausgeſtellten Verſchreibung auf Zahlung belangt, durch Vorſchützung der betreffenden Einreden ſich der Verurtheilung entziehen können; allein zur Rück-

1) l. 7. pr. D. quod metus causa. 4, 2. l. 9. 10. C. eod. 2, 20.

forderung der Urkunde auf dem Wege der Klage iſt derſelbe nicht berechtigt. Denn die Spielverbote des Römiſchen Rechts [1]) leiden, ganz abgeſehen von der Frage ihrer practiſchen Gültigkeit in hieſigen Landen [2]), auf die oben charakteriſirte Geſchäftsverbindung zwiſchen B. und A., welche in einem unerlaubten Spiel des Letzteren mit Erſteren überall nicht beſtand, keine Anwendung.

Den Umſtand endlich, daß die Entgegennahme der durch die in Rede ſtehenden Drohungen veranlaßten Schuldverſchreibung ein turpiter acceptum von Seiten des Widerbeklagten enthalte, kann der Widerkläger ſchon um deswillen nicht für ſich geltend machen, weil er ſich jenen Drohungen in der Abſicht unterwarf, um den ihn treffenden inländiſchen Strafbeſtimmungen zu entgehen. Die Ausſtellung der Verſchreibung ſtellt ſich hiedurch als ein turpiter datum dar, und in pari turpitudine possessoris conditio melior est [3]). Iſt ſonach die Widerklage ſchon an ſich unbegründet, ſo bedarf die Frage, ob der Widerkläger dadurch, daß er, geſtändigermaßen, die Ceſſion der Schuldverſchreibung an B. regnoscirt hat, von der Rechtsverfolgung wider ſeinen Gegner ausgeſchloſſen werde, keiner weiteren Beantwortung.

Die Koſten des Rechtsſtreits waren, der Actenverſchickungsgebühr, welche Beklagter als der nachſuchende Theil zu tragen hat, wegen wechſelſeitigen Siegs gegen einander aufzuheben (jedoch mit Ausnahme).

---

1) l. 3. C. de aleatoribus.

2) Elvers Jur. Ztg. 1830. S. 332 fgg.

3) l. 2. C. de condictione ab turpem causam.

V.

1. Recht auf Ersatz des Schadens, welchen fremdes Vieh auf unserm Acker anrichtete.

2. Pflicht zur Bedichtung der Scheiden im Fürstenthum Ratzeburg. Vereinbarung des Herzogs von Mecklenburg-Strelitz mit den Hauswirthen zu Neschow vom 27. Juli 1811.

3. Wenn eine an sich zur Verhandlung im Wege des Civilprozesses geeignete Frage gesetzlich der richterlichen Gewalt entzogen und der administrativen zugewiesen ist, und diese Frage als Präjudicialpunkt in einer Civilprozeßsache vorkommt, so ist das Verfahren in dieser bis zur Erledigung des Präjudicialpunktes durch die administrative Behörde zu sistiren, und deren Entscheidung bei der der Civilprozeßsache zu befolgen.

A. Geschichtserzählung.

Am 25. Juli 1842 übergab der Hauswirth Dettmer zu Neschow bei dem Justizamte der Landvogtei des Fürstenthums Ratzeburg zu Schönberg gegen den Eigenthümer Warncke, als Pächter von Stove, eine Klage, in welcher

er behauptet, daß der Beklagte seine Kuhheerde ohne Hüter habe gehn lassen, daß in Folge dessen 40 — 60 Kühe desselben in der Nacht vom ²⁄₃. Julius die Stover Feldmark überschritten, und auf seinem — des Klägers — Felde eine mit Waizen besäte Koppel sowie eine Wiese verwüstet hätten, und um Verurtheilung des Beklagten in den ihm hierdurch verursachten durch Taration auszumittelnden Schaden bittet.

In dem hierauf angesetzten Verhandlungstermin erschien der Kläger in Person, für den Beklagten aber dessen Inspector Steinfatt, welcher die Ratihabition seines Prinzipals reservirte. In seiner Einlassung gesteht Steinfatt zu, daß ein Theil der Kühe seines Prinzipals, wie viel Stück, wisse er nicht, durch die Dettmersche Scheide gegangen sei, und in dessen Waizen einen Schaden angerichtet habe, welchen er auf die Saat von ⅞ Scheffeln Einfall schätze; er leugnet aber, daß dem Kläger auch an Wiesenwachs Schade zugefügt worden, indem die Kühe über die Wiese bloß hinübergegangen, und diese nicht lange vorher gemähet sei.

Ferner stellt er die Verpflichtung seines Prinzipals zum Ersatz des etwa angerichteten Schadens in Abrede, weil derselbe vom Kläger selbst verschuldet sei. Nach bekannter Landesobservanz nämlich gehe das Vieh nur bei Tage vor dem Hirten, und werde des Nachts in der dazu bestimmten Koppel sich selbst überlassen. Es liege aber dem Kläger die Pflicht ob, seine Scheide, an welche die dermalige Stover Nachtkoppel stoße, dicht zu halten. Dies habe derselbe nur in sehr mangelhafter Weise gethan, obwohl sowohl er — der Excipient — ihn dazu aufgefordert habe, als auch der Justizamtmann Reinhold auf sein — des Excipienten — Anfragen dem Kläger habe sagen

laſſen, daß ihm die Verpflichtung zum Dichten der Scheide obliege.

Replicando erklärt der Kläger, um ſo weniger eine Verpflichtung zum Dichten anerkennen zu können, als ſeine Ländereien und das Stover Hoffeld zum größten Theil durch einen Weg von einander getrennt ſeien, und das Vieh des Gegners wahrſcheinlich durch dieſen Theil der Scheide gedrungen wäre. Sollte dies jedoch da geſchehen ſein, wo beide Felder unmittelbar an einander ſtießen, ſo müſſe der Gegner dennoch dafür aufkommen, da dem Kläger überhaupt keine Verpflichtung zur Bewahrung ſeines Feldes obliege. Daß ſeine Scheiden nur mangelhaft bedichtet geweſen, giebt er zu. — Sein gleichzeitiger Antrag, daß wegen Gefahr auf dem Verzuge der Schade durch die beeidigten Diſtrictstaxanten im Beiſein des Landreiters und der Intereſſenten salvo jure utriusque abgeſchätzt werden möge, wurde von dem Stellvertreter des Beklagten zugeſtanden, und von Gerichtswegen genehmigt.

Dieſe Taxation hat nach dem Bericht des Landreiters Labann ſtattgefunden.

Nach vorheriger Ratihabition der von dem Inſpector Steinfatt vorgenommenen prozeſſualiſchen Handlungen erklärte der Beklagte in der Duplik, daß im Fürſtenthume Ratzeburg die Scheiden und Grenzen überall entweder mit Gräben oder mit ſogenannten Knicken eingehegt ſeien, und nach einem allgemeinen Herkommen des Fürſtenthums derjenige, welchem die Scheide zugehöre, verpflichtet ſei, dieſe ſowohl gegen ſein eignes als gegen des Nachbarn Vieh dicht zu halten. Die Exiſtenz dieſes Herkommens gehe beſonders daraus hervor, daß das Amt ſelbſt dem Kläger habe ſagen laſſen, er ſolle dichten, daß auf ſein — des Beklagten — Anſuchen die Großherzogliche Kammer laut

Verfügung vom 24. September 1842 dem Domanialamte Schönberg aufgegeben habe, den Kläger zu seiner Verpflichtung in Bezug auf die Bedichtung seiner Hufe anzuhalten, welcher Auflage dasselbe auch unterm 8. October 1842 nachgekommen sei, und daß Dettmer stets die fragliche Scheide bedichtet hätte.

Auch habe der Kläger in der Versicherungsurkunde vom 27. Juli 1811 ausdrücklich die Verpflichtung zur Bedichtung übernommen. Der Einwand, daß er hier ex jure tertii excipire, treffe ihn nicht, da der Großherzog, mit welchem diese Urkunde abgeschlossen worden, Eigenthümer von Stove sei, und er als dessen Pächter alle diesem Gute zustehenden Berechtigungen in Anspruch nehmen dürfe.

Die vor dem Domainenamte unterm 8. Oct. l. J. wiederholte Behauptung des Klägers, daß er schon deswegen nicht zum Dichten verpflichtet sei, weil großen Theils ein Weg seinen Acker und das Stover Hoffeld trenne, sei unrichtig, weil der Weg nicht ein fremdartiges tertium bilde, sondern zum Stover Hoffelde, die Scheide dagegen entschieden nach Neschow gehöre. — Im Uebrigen stelle er in Abrede, daß das Vieh da, wo der Weg längst der Scheide gehe, durch solche gedrungen sei, indem es vielmehr da, wo beide Aecker unmittelbar an einander stießen, die Scheide übertreten habe.

Der Duplik ist ein Auszug aus der zwischen dem Herzog Karl von Mecklenburg-Strelitz einerseits und den Hauswirthen zu Neschow andererseits wegen Regulirung und Eintheilung der dortigen Feldmark abgeschlossenen Vereinbarung d. d. 27. Juli 1811 beigelegt, welche an der vom Beklagten urgirten Stelle also lautet: §. 5. sub Nr. 6. „Bei der Regulirung müssen Scheiden und Gren-

zen genau bestimmt, begraben, und von dem, der den Graben-Aufwurf erhält, bedichtet werden." Daneben heißt es daselbst unter Nr. 14.: „Außerdem erfordert es die Pflicht der Hauswirthe . . . ihre Ländereien in die erforderliche Verfassung zu setzen . . . und wenn bei oder nach der Regulirung Streitigkeiten vorfallen sollten, so werden solche mit allenfalsiger Zuziehung sachverständiger Leute kurz und ohne Prozeß entschieden, wobei es sein Bewenden behält."

Nachdem hierauf dem Kläger die Einreichung der Triplik aufgegeben war, protestirte das Domainen-Amt Schönberg am 7. December 1842, „in Folge einer höheren Anweisung" gegen die gerichtliche Entscheidung der Frage, wem die Bedichtung der Scheide obliege, durch welche das Stover Vieh gegangen sei.

Daneben erließ das Domainen-Amt auf den Grund einer am 12. December 1842 in Gegenwart des Inspectors Steinfatt, des Hauswirths Dettmer, und anderer Wirthe zu Neschow stattgehabten Localbesichtigung, aus welcher sich ergeben, daß der Weg zwischen dem Acker des Dettmer und dem Stover Hoffelde zu letzterem, Graben und Hecke am Wege sowie zwischen den beiderseitigen Feldern dagegen nach Neschow und zwar dem Dettmer gehörten, die Hecke jedoch nicht allenthalben vorhanden und der Graben theilweise nicht aufgeräumt sei, an letztern auf den Grund der allegirten Stellen der Versicherungsurkunde den Befehl: die mehrgedachte Scheide bis zum April 1843 zu bedichten. Diesen Bescheid haben beide Theile zu den Acten gebracht: Beklagter um damit die Bemerkung zu verbinden: daß nach dieser Sachlage eine Entscheidung nur noch der Kosten halber wichtig sei; Kläger um daran den Antrag zu knüpfen: daß das Justizamt bei der Regierung

die Rücknahme der von den administrativen Behörden in dieser Sache erlassenen Verfügungen beantrage. Zur Begründung desselben beruft er sich auf ein Regiminal-Rescript vom 27. September 1827, wo es heißt: „daß die Stelle in den fraglichen Regulirungsurkunden §. 5. sub Nr. 14. sich lediglich auf die zu beschaffende Regulirung selbst, und auf die Streitigkeiten bezieht, die demnächst in Rücksicht darauf entstehen, und unmittelbar damit zusammenhängen. Auf Streitigkeiten, welche späterhin, nachdem die Regulirung einmal gänzlich beendet ist [entstehen], und auf neue, von der einmal vollständig beschafften Regulirung abweichende Einrichtungen, auf Veränderungen, sich beziehen, hat die gedachte Vorschrift gar keine Anwendung, vielmehr muß in solchen Fällen der ordentliche Weg Rechtens unbeschränkt stattfinden." Die erbetene Beglaubigung dieses Rescripts ist von Seiten des Justizamts nicht verfügt worden. Dasselbe ist überhaupt auf den klägerischen Antrag nicht eingegangen, sondern hat unterm 7. April 1843 ex officio eine Localbesichtigung angeordnet. Dieselbe fand unterm 8. Mai 1843 — nachdem vom Kläger bereits, in Folge des vom Domainenamte erhaltenen Befehls, die Scheide bedichtet war — statt, und hat im Wesentlichen dasselbe Resultat gegeben, was aus der Besichtigung des Domainenamts bereits oben hervorgehoben ist. Der im Termine allein gegenwärtige Kläger gesteht zu, daß die Scheide ihm zugehöre, und behauptet, daß an einer zur Zeit des angerichteten Schadens mit Schleeten bewehrten Stelle die Kuhheerde des Beklagten durchgebrochen sei, indem die Bollen in derselben so wild wären, daß keinerlei Befriedigung deren Andrang widerstehen könne. Nachdem der Kläger die ihm schließlich zur Einreichung der Triplik ad protocollum bewilligte Frist hatte verstreichen

laſſen, bat der Beklagte unterm 30. November 1843 um den Ausſchluß und proteſtirte gegen die in dem ebenerwähnten neuen — überdies unwahren — Vorbringen des Klägers enthaltene mutatio libelli. Die Triplik ward demgemäß ausgeſchloſſen, die Actenverſendung ex officio erkannt, und in dem Inrotulationstermin von dem Anwald des Klägers eine notariell beglaubigte Abſchrift der Verſicherungsurkunde für Neſchow vom 27. Juli 1811 zu den Acten gebracht.

B. Rechtliche Beurtheilung.

Da die in der Klagſchrift vorgetragenen Thatumſtände, daß Beklagter ſeinem Vieh des Nachts den Hirten entzogen habe, ſowie daß ſolches demzufolge auf den Acker des Klägers übergetreten ſei, und daſelbſt einen Schaden angerichtet habe, an ſich zur Anſtellung einer utilis legis Aquiliae actio berechtigen [1]), da ferner Beides, das Gehen des Viehs ohne Hirten und die Anrichtung des Schadens, von dem Beklagten eingeſtanden ſind, ſo werden zunächſt deſſen Behauptungen, wodurch er das Erſtere als eine ſchuldloſe Unterlaſſung darzuſtellen ſucht, einer Prüfung unterworfen werden müſſen. Der Kläger — ſo ſagt der Beklagte — ſei verbunden ſeine Scheide zu dichten, er habe dieſe Verpflichtung nur mangelhaft erfüllt, und alſo den Uebertritt des beklagtiſchen Viehs ſelbſt verſchuldet. Die Mängel der Bedichtung hat Kläger zugeſtanden, die Verpflichtung dazu hingegen in Abrede geſtellt. Die Rechtfertigung des beklagtiſchen Verfahrens, und folgeweiſe der Ausſchluß des klägeriſchen Anſpruchs, hängt mithin von dem Beweiſe jener Verpflichtung ab. Als Grund derſel-

1) l. ult. C. de lege Aquilia.

ben wird in der Duplikenhandlung theils auf das Herkommen im Fürstenthum Ratzeburg, wonach denjenigen, welchem die Scheide gehöre, die Pflicht zur Bedichtung treffe, theils auf den obgedachten §. 5. Nr. 6. der Versicherungsurkunde, welcher dasselbe ausspricht, Bezug genommen. In formeller Hinsicht kann dieses Vorbringen nicht als verspätet angesehen werden, da dasselbe eine zwar in der Replikenschrift nicht verlangte, gleichwohl aber Zwecks allseitiger Feststellung des Beweissatzes nothwendige, Vervollständigung der in der Vernehmlassung versuchten Vertheidigung des Beklagten enthält, und überdies dessen Zulässigkeit von dem Kläger, welchem die Duplikenschrift zur Triplikenhandlung mitgetheilt war, nicht bestritten ist. In materieller Beziehung steht zunächst durch das Geständniß des Beklagten, welches bei der Localbesichtigung seine Bestätigung gefunden hat, der Umstand fest, daß dem Kläger die fragliche Scheide zugehöre. Dagegen wird auf den, bei dem Leugnen des Klägers von dem Beklagten zu übernehmenden, Beweis des gedachten Herkommens erst dann zu erkennen sein, wenn die Versicherungsurkunde, welche a. a. O. die streitige Verpflichtung ausspricht, nicht als Rechtsnorm für die Partheien zu betrachten wäre. Dieses ist jedoch keineswegs der Fall. Die Urkunde enthält nemlich, wie aus ihrer ganzen Fassung, insonderheit aus §§. 1. und 8. hervorgeht, nicht bloß eine Vereinbarung zur Regulirung der Verhältnisse zwischen der Gutsherrschaft und den Hauswirthen, oder zwischen diesen untereinander, sondern eine Norm für die gesammte Feldmerk, zu welcher der Herrenhof Stove unbestritten gehört, und hat zwar die Form eines Vertrages, allein dessenungeachtet mehr einen gesetzlichen als obligatorischen Charakter. Der Beklagte ist daher, als Pächter von Stove, befugt und ver-

bunden, die aus jener Urkunde in Bezug auf das Verhältniß zu seinen Nachbaren in der Feldmark ersichtlichen Rechte und Verpflichtungen für sich in Anspruch zu nehmen und gegen sich gelten zu lassen. Diesem zufolge würde der Kläger in Gemäßheit des §. 5. Nr. 6. in gegenwärtiger Lage des Rechtstreits abzuweisen sein, wenn Regulirungsfragen überhaupt der richterlichen Beurtheilung unterworfen wären. Dieses ist jedoch nach §. 5. Nr. 14. nicht der Fall, und sogar der Inhalt des von dem Kläger dawider angezogenen Reguminalrescripts vom 27. September 1827 würde, dessen Aechtheit einmal angenommen, diese Ansicht nur bestärken, indem hier eine Streitigkeit vorliegt, welche unmittelbar mit der nach §. 5. Nr. 6. zu beschaffenden Regulirung zusammenhängt. Die Bedichtungsfrage muß daher auf administrativem Wege erledigt werden, und auch der Umstand, daß dieselbe nur als Präjudicialpunkt für einen unbezweifelt zur richterlichen Beurtheilung stehenden Rechtsstreit in Betracht kommt, kann hierin keine Aenderung hervorbringen. Denn da durch die Versicherungsurkunde die Erledigung von Sachen, welche an sich der Verhandlung im Wege des Civilprozesses angehören würden, auf den administrativen Weg verwiesen ist, so muß sich der Richter jedenfalls deren Beurtheilung enthalten, die Sache mag als Haupt- oder als Incident-Sache vorkommen. Das Endurtheil würde daher in diesem Rechtstreit auszusetzen sein, bis daß die Frage über die Verpflichtung zur Bedichtung der Scheide vom Domainenamt entschieden wäre. Da dieses indessen, wie von den Parteien anerkannt wird, zum Nachtheil des Klägers bereits geschehen ist, so folgt hieraus ein dem Obigen gleiches Resultat — die Abweisung der erhobenen Klage. Der Kläger hat jedoch, in dem zur Localbesichtigung von

Seiten des Juſtizamts anberaumten Termin, behauptet, daß ſein Acker an der Stelle, wo die Heerde des Beklagten durchgebrochen ſei, mit Schleeten bewehrt geweſen, die Bollen der Heerde aber ſo wild wären, daß keinerlei Befriedigung deren Andrang widerſtehen könne. Dieſe weſentliche Abweichung vom urſprünglichen Klagfundament iſt zwar, als eine in dieſer Lage des Rechtsſtreits unzuläſſige libelli mutatio auf Antrag des Beklagten zu verwerfen, allein die Abweiſung der erhobenen Klage konnte demzufolge nur in der Maaße erfolgen, in welcher ſie angebracht iſt, da dem Kläger unbenommen bleiben muß, die gedachten neuen Thatumſtände, falls er ſich getraut damit durchzukommen, zum Fundament einer anderweiten Klage zu machen.

Die Verurtheilung des Klägers in die Koſten des Rechtſtreits mit Einſchluß derer, welche durch die Actenverſchickung erwachſen ſind, bedarf als Folge des den Beklagten freiſprechenden Erkenntniſſes, keiner weiteren Rechtfertigung.

VI. [1])

1. Abſchluß einer Einkaufscommiſſion oder eines Kaufs. Vergleichung beider Geſchäfte.

2. Der Commiſſionär hat zu beweiſen, daß er den ihm ertheilten, auf Anſchaffung und Ablieferung bedungener Waaren gerichteten Auftrag erfüllt habe, um die Annahme der Waaren und die Berichtigung der ihm erwachſenen Koſten von dem Committenten verlangen zu können.

3. Die Annahme der Waaren befreit von dieſer Beweislaſt, und dem Empfänger trifft alsdann der Beweis der von ihm behaupteten Mängel. Der Transport der Waaren vom Schiff in den Speicher des Committenten beweißt jedoch für ſich allein deren Annahme nicht. Ebenſowenig die Oeffnung der Kiſten Zwecks Beſichtigung. Eine Verpflichtung, den Gegner oder deſſen Mandatar hie-

---

1) Mitgetheilt auch für Kaufleute. Möchten ſie endlich begreifen, daß bei dem gegenwärtigen Zuſtand, nicht unſeres Rechts, ſondern unſeres gerichtlichen Verfahrens der einzig richtige Weg zur Schlichtung ihrer Differenzen in der Wahl von Schiedsmännern aus der Mitte ihrer Standesgenoſſen zu finden ſei.

bei zuzuziehen, ist nicht vorhanden. Eine gesetzliche Frist zur Erklärung über die Annahme von Waaren existirt nicht.

4. Beim Handel nach Probe hat der Käufer (Committent) dieselbe nur dann aufzubewahren, wenn der Verkäufer (Commissionär) sie ihm zu dem Zweck eingehändigt, oder bei Vorzeigung der Probe deren Annahme von ihm verlangt hat. Ließ es der zur sorgsamen Aufbewahrung Pflichtige daran fehlen, so trifft ihn der Beweis der Unprobemäßigkeit.

5. Die dem Commissionär bis zum Beweis entgegenstehender Usance gebührenden 2 p. Ct. Provision sind von dem ganzen Facturabelauf zu berechnen.

6. Die Verabredung, daß bei Absendung der Waaren deren Facturabelauf in dreimonatlichen Wechseln bezogen werden solle, setzt die Pflicht ihn zu verzinsen auf drei Monate hinaus [1]).

7. Wer in den Verkauf streitiger von ihm detinirter Waaren salvo jure et processu willigt, verzichtet dadurch nicht auf den Ersatz der für die Waaren gemachten Verwendungen.

8. Wenn im Fall einer objectiven Klagenhäufung

---

1) Für die Zinspflicht vom Moment der Absendung spricht die kaufmännische Ansicht, welcher es an juristischen Gründen nicht fehlt.

der Kläger mit seinen Ansprüchen nur theilweise obsiegt, so ist die Frage, ob die Prozeßkosten zu vergleichen oder nach Quoten zu vertheilen seien, von der Individualität des Falles abhängig.

9. Die Bestimmung des Rostocker Stadtrechts Th. 5. Tit. 8. Art. 8., daß Kostenvergleichung eintreten solle, wenn der Beweis durch Eideszuschiebung cum alia probatione geführt sei, bezieht sich auf einen Fall, wo mehrere Punkte zum Beweis verstellt sind und dieser bei einigen durch Eideszuschiebung, bei anderen durch sonstige Mittel geführt ward. Im Fall der Eideszuschiebung sine alia probatione ist die Kostenvergleichung keineswegs absolut ausgeschlossen: es soll die Eideszuschiebung allein keinen Grund zur Kostenvergleichung abgeben.

10. Die unrichtige Auffassung des Rechtstreits in einem rechtskräftigen Beweisinterlocut ist für die endliche Beurtheilung der Prozeßkostenfrage insoweit ohne Bedeutung, als dieselbe unabhängig von dem Ausfall der Hauptsache zu beantworten ist.

A. Geschichtserzählung.

Im August und Septembermonat des Jahres 1836 gab der Kaufmann J. G. Michels Sohn zu Rostock dem Kaufmann J. B. Scheele daselbst, als Agenten des Rotterdammer Handlungshauses J. de Kuyper & Zoon, münd-

lich verschiedene Waaren-Aufträge für seine Committenten. Er bestellte nämlich:

1. circa 1000 Kilogramm Farin;
2. 25 ganze Kisten ordinairen mittelbraunen Candies;
3. 3 Fässer feinsten Secunda-Melis;

Nr. 1 — 3 zu beigefügten, festbestimmten, Preisen. Sodann:

4. 20 ganze Kisten ordinairen hellbraunen Candies;
5. 10 Säcke grünen Sumatra-Caffee, und:
6. 15 Säcke guten grünen Java-Caffee;

unter der Bedingung, daß die Waaren Nr. 4 — 6 zu einem gewissen Preise, und zwar Nr. 5. und 6. aus der Maschcopey Auction, zu haben seien. Sämmtliche Waaren, mit Ausnahme des sub 4. bemerkten Candieses, nach Probe. Wegen der Zahlung ward verabredet, daß die Absender (de Kuyper & Zoon) den Belauf der Factura in dreimonatlichen Wechseln auf das Handlungshaus Gorrison & Lutze in Hamburg trassiren sollten. Das Handlungshaus de Kuyper & Zoon führte diese Aufträge aus, indem es die sub 4. und 5. benannten Waaren noch etwas unter dem bestimmten Preise einkaufte, übersandte auch unterm 8ten October 1836, mit der Nachricht von der Verladung und der geschehenen Trassirung des Facturabelaufs von 3339 Mrk. 1 ß. Hamb. Bco. dem Besteller das Connossement vom 7ten desselben Monats und Jahres. Michels hatte aber bereits am 2ten October dem Scheele brieflich erklärt, daß er, wegen der angeblich schlechten Beschaffenheit des Rostocker Schiffes Friedrich Franz, Capitain Andreis, mit welchem die Waaren verladen worden, den verabredeten Wechsel nur unter der Bedingung acceptiren lassen werde, wenn man ihm für jede durch die Schlechtigkeit des Fahrzeuges verursachte Beschädigung der

Waaren einstehen wolle, und da Scheele dies wiederholt ablehnte, so wurde der Wechsel — nach dem als Anlage 7 zur Klage zu den Acten gekommenen Briefe der Trassaten vom 14ten October 1836 — nicht für Rechnung des Michels, sondern für Rechnung des Hauses J. de Kuyper & Zoon ausgelöst. Darauf langten im November desselben Jahres die Waaren an ihrem Bestimmungsorte an, wurden ausgeladen, und auf das Lager des Michels geschafft. Letzterer untersuchte dieselben, meldete als Resultat dieser Untersuchung dem Scheele, daß die Waaren fehlerhaft und resp. nicht probemäßig seien, und erklärte endlich, mittelst Schreibens vom 7ten November 1836, (Anlage 9 zur Klage), daß sämmtliche Waaren für Rechnung der Absender bei ihm lagerten, und er sich weigere, die Tratte derselben einlösen zu lassen.

Demzufolge reichte J. B. Scheele, in Vollmacht des Handlungshauses J. de Kuyper & Zoon den 9ten Januar 1837 bei dem Obergerichte zu R. eine Klage ein, worin er, gestützt auf die angegebenen Data, und unter Anlage der Factura, in welcher außer einer detaillirten Berechnung der Preise für die einzelnen Waaren die Summe von 100 fl. 90 Ct., und 57 fl. 8 Ct., erstere für gehabte Auslagen und Unkosten, letztere als zu 2 p. Ct. berechnete Provision aufgeführt sind, die Bitte stellt, „den Beklagten zur Bezahlung der gekauften und empfangenen Waaren nach dem Facturapreise von 3339 Mrk. 1 ß. Hamb. Bco. mit Zinsen zu 5 p. Ct. seit Zeichnung des Connossements, also seit dem 7ten October 1836, und mit allen erwachsenen Schäden, Coursverlust und Kosten zu verurtheilen, ref. exp.

Der Beklagte schützt in seiner Vernehmlassung vom 20ten April 1837 dilatorisch vor:

1. die exceptio deficientis cautionis pro expensis.

2. die exceptio libelli obscuri et inepti wegen mehrerer zwischen dem Inhalt der Klage und der Anlage 1 zu derselben (worin die Extracte der Briefe des Agenten d. d. Rostock den 22sten und 29sten August, den 1sten, 8ten, 12ten und 19ten September enthalten sind) stattfindenden Verschiedenheiten.

3. Die Einrede, daß zur Vervollständigung der Klage vorerst die Proben zu den Acten exhibirt werden müßten; und bittet:

4. wegen des zweifelhaften rechtlichen Fundaments der Klage, da aus derselben nicht hervorgehe, ob aus einem Kauf- oder aus einem Commissionsgeschäft geklagt werde, so wie:

5. deswegen, weil in Betreff der in fine der Factura — Anlage Nr. 2. — angeführten Summe von 100 fl. 90 Ct. nicht klar sei, ob und in wiefern dieselben mit den vom Beklagten gemachten Bestellungen zusammenhingen, und weil die einzelnen Ansätze nicht gehörig specificirt und mit Belegen versehen seien, auch die 2 p. Ct. Provision durch nichts gerechtfertiget, mindestens aber zu hoch angesetzt worden,

die Klage, refusis expensis, angebrachtermaßen abzuweisen.

6. Eventuell contestirt Beklagter litem, indem er leugnet:

1. daß die dem Gegner mandatario nomine des Handlungshauses J. de Kuyper & Zoon gemachten Bestellungen so lauteten, wie in der Klage angegeben, und dagegen, mit Berufung auf sein Ordrebuch, bemerkt, wie die Aufträge wirklich gelautet haben sollen;

2. daß die ihm gelieferten Waaren, deren Empfang er einräumt, von probemäßiger Beschaffenheit gewesen seien;

und opponirt demnächst, mit Bezug auf Nr. 2. der Einlassung, peremtorisch:

a. die Einrede des nicht zu Stande gekommenen Geschäfts;

b. die Einrede des nicht oder doch nicht gehörig erfüllten Contracts;

ferner, mit Bezug darauf, daß an dem Sack Nr. 22. des Sumatra-Caffees 71 Pfd. gefehlt hätten, und zweitens, daß der Gegner Verzugszinsen zu 5 p. Ct. seit Zeichnung des Connossements verlange, während doch die Wechsel, durch welche die Zahlung beschafft werden sollte, nach 3 Monat a dato zahlbar gewesen;

c. die Einrede der Zuvielforderung.

Schließlich offerirt er dem Gegner die bei ihm, dem Beklagten, gelagerten Waaren gegen Erstattung der Assecuranz, und anderweitiger Unkosten, deren Specification vorbehältlich.

Das Gericht gab hierauf zwar dem Kläger auf, vor Weiterem erst den dilatorischen Einreden sub poena absolutionis rei ab instantia abzuhelfen, änderte jedoch, als der Kläger die Cautionseinrede durch Bezugnahme auf den in den Händen des Beklagten befindlichen Waaren-Werth zu beseitigen versucht hatte, seine Bestimmung dahin ab, daß es dem Kläger binnen 14 Tagen mit seiner Replik hervorzugehen gebot, und die Cautionseinrede für erledigt erkannte, unter Aussetzung des Kostenpunktes bis zur Entscheidung in der Hauptsache. Der Beklagte ergriff nunmehr deshalb, weil das Gericht das frühere Decret, welches sämmtlichen dilatorischen Einreden abzuhelfen geboten, abgeändert, so wie deshalb, weil sein Antrag auf Verkauf der Waaren und Zahlung des Betrags ad depositum, bei dem Widerspruch des Klägers, von dem Gericht, unter Verstellung des Kostenpunktes bis

zur Entscheidung in der Hauptsache verworfen war, das Rechtsmittel der Querel, wurde jedoch vom Oberappellationsgericht unterm 24sten Juli 1837 abschläglich beschieden. Hierauf ging am 5ten October die Replik des Klägers ein. Er sucht:

ad 2. Die Einrede der dunklen und verworrenen Klage zu beseitigen, indem er theils behauptet, daß die Anlage Nr. 1. zur Klage einen Theil der letzteren ausmache, und die Klage da, wo sie weniger enthalte, ergänze, — theils die Abweichungen beider von einander als unwesentlich oder scheinbar darzustellen sich bemüht.

ad 3. bemerkt Kläger, daß er sich nicht mehr im Besitz der verlangten Proben befinde und auch zur Edition derselben nicht verpflichtet sei, da es Sache des Beklagten gewesen, von der ihm vorgelegten großen Probe kleinere zu nehmen und aufzubewahren, indem der Beweis der vorgeschützten exceptio non rite adimpleti contractus, nicht den Kläger, sondern den Beklagten treffe.

ad 4. Es sei aus dem Inhalt der Klage und der Anlage Nr. 2. vollkommen klar, daß dem klägerischen Anspruch eine Einkaufscommission und kein Kaufgeschäft zum Grunde liege.

ad 5. Die Ansätze, welche die Summe von 100 fl. 90 Ct. bildeten, seien einzeln, so viel als nöthig, specificirt, und bezögen sich auf die mit der Ausführung des vom Beklagten gemachten Auftrags nothwendig verbundenen Unkosten. Die Forderung der 2 p. Ct. Commissionsprovision vom ganzen Facturabelauf sei durch allgemeinen Handelsgebrauch gerechtfertigt.

ad 6. In Bezug auf die Litiscontestation erwidert Kläger, daß das Ordrebuch des Beklagten unrichtig oder mindestens unvollständig geführt sei, und daß sämmtliche

Waaren wenigstens zur Zeit ihrer Verladung von probemäßiger Beschaffenheit gewesen. — Jedenfalls habe sich Beklagter durch die Annahme der Waaren zur Zahlung verpflichtet.

Sodann wird:

ad c. in Bezug auf die Einrede der Zuvielforderung das Mindergewicht des einen Sacks Sumatra-Caffee in Abrede genommen, und das hinsichtlich der Verzugszinsen gestellte Petitum dadurch gerechtfertigt, daß die dereinstige Zahlung in Hamb. Banco-Wechseln ausgeführt werden müsse, bis zu deren Eincassirung eben so viel Zeit vergehe, als die ursprünglichen Wechsel zu laufen hätten.

Beklagter duplicirte hierauf am 19ten November:

ad 3., das Vorbringen des Gegners sei unwahr. Dieser habe es stets ausgeschlagen, eine Probe zu geben, und versprochen, selbst eine solche aufzubewahren. — Die Probemäßigkeit der Waaren gehöre mit zum Klagegrunde und müsse vom Kläger bewiesen werden.

ad 4. Die Annahme eines Commissionsgeschäfts sei nach dem Inhalt der Klage nicht unbedingt nothwendig. Beklagter behauptet vielmehr, daß, mit Ausnahme der 19 Säcke grünen Sumatra-Caffee (in Betreff welcher allein die Preise bei der Bestellung limitirt gewesen seien) wegen der übrigen Waaren ein Kaufgeschäft abgeschlossen sei, und dafür spreche namentlich auch die Thatsache, daß Proben eingesandt worden.

ad 5. Die Auslagen seien zu hoch angesetzt und die geforderte Provision erscheine, da die klägerischen Mandanten dem Beklagten hauptsächlich als Verkäufer gegenüberständen, überall nicht gerechtfertigt, eventualiter bestreite man auch, daß bei Commissionsgeschäften 2 p. Ct.

üblich seien, namentlich berechne sich in Hamburg kein Commissionair mehr als 1½ p. Ct.

ad 6. Aus der bloßen Empfangnahme der Waaren dürfe man nicht folgern, daß dieselben vom Empfänger gebilliget seien, und treffe Beklagten nicht die Verpflichtung, die Waaren vor der Empfangnahme zu untersuchen.

ad c. Die klägerischen Mandanten hätten sich schon durch den angenommenen höhern Cours Zinsen bis zum Verfalltage berechnet, so daß die behauptete Ausgleichung nicht stattfinde.

Nach verfehlter Güte erfolgte am 28sten April 1838 die Publication der ersten Sentenz.

Das Obergericht, — nachdem es die vom Beklagten vorgebrachten dilatorischen Einreden für beseitigt erachtet und resp. verworfen hatte, — verurtheilte den Beklagten der Klagbitte gemäß, mit Einschluß der über den beantragten Verkauf der Waaren vorbehaltenen Kosten, er könnte denn beweisen:

1. daß weder überhaupt, noch theilweise ein Einkaufscommissionsgeschäft, sondern vielmehr ein reiner Kaufhandel vorliege;

2. daß die libellirten Waaren bei ihrer Empfangnahme nicht probemäßig gewesen, vielmehr die in actis Nr. 5. pg. 20 bis 22. Nr. 1 — 6. aufgeführten Mängel gehabt; und eventualiter:

3. daß und wie viel hienach der Preis im Verhältniß zu dem facturirten niedriger zu stellen sei;

4. daß an dem Sack Sumatra-Caffee Nr. 22. bei der Empfangnahme 71 Pfd. des Facturagewichts gefehlt hätten;

5. daß und in wie weit die zu 100 fl. 90 Ct. berechneten Auslagen und Unkosten ungehörig oder übersetzt seien;

6. daß die Commiſſionsproviſion nur mit 1½ p. Ct. nach allgemeiner Handelsüſance paſſiren könne;

7. daß die Berechnung der Zinſen bis zur Wechſelsverfallzeit ſchon in der Coursberechnung von holländiſchen Gulden zu hamburger Banco liege;

worauf, dem Kläger den eigentlichen Gegenbeweis und rückſichtlich der Beweisſätze sub 2. 3. und 4. auch den Beweis:

daß die libellirten Waaren bei ihrer Verladung zu Rotterdamm von probemäßiger guter Beſchaffenheit, mithin frei von den vom Beklagten gerügten Fehlern, und das Gewicht des Sumatra-Caffees mit dem Facturagewicht übereinſtimmend geweſen,

vorbehältlich, in der Sache, ſo wie der Schäden und Koſten halber weiter ergehen werde, was Rechtens.

Die Gründe lauten ſo:

I. Was rückſichtlich der dilatoriſchen Einreden diejenige wegen der Caution für die Prozeßkoſten betrifft, ſo iſt ſelbige nach dem Zugeſtändniſſe des Beklagten in der Duplik ſo weit ſchon für erledigt erklärt, daß nur noch die wegen dieſes Punkts entſtandenen Koſten zur Frage ſtehen, darüber weiter unten das Nöthige vorkommen wird. Die Einreden der dunkeln und mangelhaften Klage aber, in ſo weit ſie ſich darauf beziehen, daß die Klage mit deren Anlagen nicht harmonirt, weil letztere Mehreres enthalten, was in erſtere nicht mitaufgenommen worden, erledigen ſich vollſtändig durch die klägeriſchen Ausführungen in replicis, da nichts darauf ankommt, ob und wie viel aus den zur Klage gehörigen, und ſchon an ſich einen Theil derſelben bildenden Anlagen in erſterer mit extrahirt wird. Auch iſt hier der Streit darüber, daß die Angaben des Klägers in der Klage und deren Anlagen rückſichtlich der nähern Bezeichnung der Qualität der vom Beklagten beſtellten Waaren angeblich mit des Letzteren Ordrebuche nicht in allen Punkten übereinſtimmt, ein müſſiger, da Beklag-

ter die Waaren „nach Probe" bestellt und gekauft haben will, und es also am Ende allein nur darauf ankommen kann, ob sie probemäßig geliefert sind, oder nicht, darüber die weitere Erörterung nachhin folgen wird. Ebenso gleichgültig ist es, daß Kläger laut Anlage 1. zur Klage seinen Mandanten rücksichtlich der unterm 29sten August 1836 committirten Waaren den Rembours auf G. H. Kämmerer aufgegeben und gleich hinterher dies dahin verbessert hat, daß derselbe auf Gorrisson & Lutze zu stellen sei. Auf letzteres Handlungshaus ist demnach dem Willen des Beklagten gemäß der ganze Belauf gezogen, und es thut nichts zur Sache, ob jene anfängliche Abweichung in einem jedenfalls entschuldbaren Versehen des Klägers, oder in dem veränderten Willen des Beklagten ihren Grund gehabt haben mag.

II. Der Beklagte bestreitet an sich nicht, den Kläger zur Bestellung der libellirten Waaren bei dessen Mandanten für ihn beauftragt zu haben, und er hat die Einrede der fehlenden Legitimation nicht vorgeschützt. Dagegen glaubt er eine Dunkelheit der Klage in dem Umstande zu finden, daß daraus nicht zu ersehen, ob aus einem reinen Kaufhandel oder aus einem Commissionshandel geklagt werde, und er vermeint, daß der erstere hier stattfinden müsse, daher denn auch die in der Anlage 2. enthaltene Commissionsprovision keinen Bestand haben könne. Allein diese Ansicht ist unrichtig. Der Kläger hat offenbar, wie eben aus der Provisionsberechnung hervorgeht, welche in der Anlage, auf welche in der Klage Bezug genommen und welche als Theil derselben zu betrachten, enthalten ist, den Beklagten aus einem Einkaufs-Commissionshandel in Anspruch genommen, und es war bei dem Zusammenhang der Klage mit der Anlage nicht nothwendig, dies genau in ersterer zu bezeichnen, während daraus, daß nach Klägers Angabe der Preis für einen Theil der Waare fest bestimmt, oder daraus, daß Proben eingesandt worden, noch nicht das Gegentheil, also dies, daß ein reiner Kaufhandel abgeschlossen, folgt, da eine Commission sehr wohl auch ohne limitum auf einen bestimmt festgesetzten Preis, und nach Proben über Waaren, die am Platze des Commissionairs, aber nicht bei ihm selbst zu haben, oder von seinen eigenen Vorräthen entnommen, übernommen werden kann. Den Mandanten des Klägers hat es aber auch freistehen müssen, den von Letzterem, als ihrem Agenten, mit dem Beklagten contrahirten Handel als Commission und nicht als reinen Kaufhandel zu übernehmen und aus-

zuführen, da Beklagter nicht zu behaupten vermocht, daß er die fraglichen Waaren durch den Kläger von deſſen Mandanten eigenen Vorräthen gekauft habe, vielmehr aus ſeinen eigenen Angaben ſo viel erhellt, daß er es bei einer mündlichen allgemeinen Beſtellung derſelben bewenden laſſen, daher es in der Willkür der klägeriſchen Mandanten geſtanden, den Auftrag als Commiſſion oder als Kaufhandel, alſo als Einkauf für den Committenten oder als Verkauf ihrer eigenen Waaren an den Letzteren, als Käufer, zur Ausführung zu bringen.

III. Eben deshalb hat auch in dieſer Beziehung in dem Erkenntniſſe der desfallſige Einwand des Beklagten nur dahin Berückſichtigung finden können, daß ihm der Beweis freigelaſſen iſt, die klägeriſchen Mandanten hätten ſich nicht als Commiſſionairs gerirt, alſo nicht Waaren für ihn eingekauft, ſondern die ihm zugeſandten Waaren vielmehr alle oder theilweiſe von ihrem eigenen Lager entnommen, welches ihnen als Commiſſionairs nicht zuſtand, und welcher Umſtand, falls er zu erweiſen, allerdings auf die Sache ſelbſt ſowohl, als auf die Nebenpunkte, Proviſion, berechnete Auslagen u. ſ. w. von Einfluß ſein würde [1]).

IV. Der Beklagte iſt freilich durch die Empfangnahme der Waaren an ſich nicht unbedingt zur Zahlung des Kaufpreiſes pflichtig geworden, und es verſteht ſich von ſelbſt, daß die desfallſige Vorſchrift des Roſtocker Stadtrechts Th. 3. Tit. 4. Art. 16. auf von auswärts her hier ankommende Waaren gradezu keine Anwendung findet, vielmehr dem Empfänger auch nach deren Empfang ſeine Einwendungen gegen die Beſchaffenheit oder ſonſtige auftragsmäßige Lieferung frei bleiben, nur daß er ſich aller einſeitigen Dispoſition über die Waare zu begeben, und daß er thunlichſt bald dem Abſender oder deſſen Bevollmächtigten ſeine Erklärung wegen Nichtgenehmigung des Handels kund zu geben hat. Ebenſo wird nicht zu bezweifeln ſein, daß bei einem Handel „nach Probe" der Käufer oder Committent den Handel nur unter der Vorausſetzung genehmigt hat, daß die Waare probegemäß werde geliefert werden, daher ihm denn, eben weil bei dieſem Handel die ſtillſchweigende Vereinbarung der Contrahenten anzunehmen iſt, daß die Probe als Baſis des Handels angeſehen werden ſolle,

1) cf. Meno Pöhls Darſtellung des Handelsrechts. Hamb. 1828. Bd. 1. §. 113. S. 255, 256.

freiſteht, von dem Handel abzugehen und die empfangene Waare zurückzugeben, falls dieſelbe nicht der Probe gemäß beſchaffen iſt [1]), wenn er es nicht vorzieht die Waare zu behalten, und wegen der Unprobemäßigkeit oder ſonſtigen Mangelhaftigkeit nur einen Abzug vom Kaufpreiſe ermitteln zu laſſen.

V. Inſofern alſo Kläger von der Anſicht ausgeht, Beklagter habe durch Annahme und Empfang der committirten Waaren ſich unbedingt zur Zahlung des Kaufpreiſes pflichtig gemacht, iſt ſelbige unrichtig. Eine andere Frage aber iſt die, ob es dem Intereſſe des Beklagten nicht entſprechend geweſen wäre, um ſich demnächſt den Beweis rückſichtlich der ordre- und probewidrigen Qualität der Waaren zu ſichern und ſolchen Beweis nach der in dem Beſcheide des Großherzoglichen Oberappellationsgerichtes de 24ſten Juli 1837 bereits enthaltenen Andeutung ſofort in perpetuam rei memoriam antreten zu können, ſtatt des Empfangs der Waaren und deren Unterbringung in ſeine Behauſung, diejenigen Maaßregeln zu treffen, deren Beklagter in den Exceptionalen und in der Duplik gedenkt. Denn es trifft den Beklagten der Hauptbeweis, nämlich dahin, daß die Waaren bei ihrer Ankunft hieſelbſt nicht von ordre- und probemäßiger Beſchaffenheit, auch reſp. fehler- und mangelhaft geweſen, jetzt aus einem dreifachen Grunde: *einmal*, weil er ſich im Beſitze der Waaren befindet und alſo über die Identität derſelben allein Auskunft geben kann. Dann *zweitens*, weil ſeine Ausſtellungen gegen die Qualität der Waaren exceptiones non rite adimpleti contractus enthalten, indem er nicht in Abrede nimmt, daß klägeriſcher Seits überhaupt der geſchloſſene Contract erfüllt ſei, ſondern vielmehr behauptet, daß Kläger den Contract nicht auf die verabredete, oder in beauftragter Art, nicht debito modo oder völlig erfüllt haben, dergleichen Einreden aber den dieſelben vorſchützenden Beklagten treffen [2]). Endlich *drittens*, weil Beklagter die Waaren „nach Probe" beſtellt und gekauft haben will, nach ſeinem eigenen Zugeſtändniſſe aber von der erhaltenen Probe

1) cf. Meno Pöhls l. c. §. 80. S. 165. Heiſe und Cropp Juriſt. Abhdl. Hamb. 1827. Bd. 1. Nr. 13. S. 216, 217.

2) cf. J. A. D. Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung. Nr. VI. S. 268. von Bülow und Hagemann prakt. Erört. 1. Bd. Nr. 25. S. 126 und 4. Bd. Nr. 78. S. 440.

nichts zurückbehalten, ſelbige vielmehr wieder weggegeben hat. Bei einem Handel nach Probe liegt aber dem Käufer die Verbindlichkeit ob, die erhaltene Probe ſorgfältig und in unverändertem Zuſtande aufzubewahren, damit nach ihr, als der Grundlage des Handels, demnächſt, wenn zwiſchen den Contrahenten über die gehörige Beſchaffenheit der Waaren Differenzen entſtehen ſollten, deren Unterſuchung von Sachverſtändigen möglich iſt. Möchte nun auch ſonſt der Verkäufer oder Commiſſionair beim Handel nach Probe den Beweis der Probemäßigkeit zu führen haben, ſo iſt Käufer, wenn er es an der ſorgfältigen Aufbewahrung der Probe hat ermangeln laſſen, den Beweis der Unprobemäßigkeit zu übernehmen ſchuldig [1]).

VI. Daß bei von auswärts committirten oder verſchriebenen Waaren die Gefahr derſelben von dem Augenblick an, da der Commiſſionair das Eigenthum daran für den Committenten erwirbt, auf den Käufer übergeht, den Verkäufer mithin die Seegefahr, Beſchädigungen im Schiffe überall nicht taugten, iſt ein nicht zu beſtreitender Rechtsgrundſatz, und iſt daher dem Beklagten durch den in der Sentenz dem Kläger freigelaſſenen Gegenbeweis gewiß nicht zu nahe geſchehen, zumal in der Praxis es noch nicht ausgemacht, vielmehr ſehr zweifelhaft iſt, ob nicht der exceptionem non rite adimpleti contractus vorſchützende Käufer ſelbſt dies beweiſen müſſe, daß die gerügten Mängel und Fehler, oder ſonſtige Ordrewidrigkeiten, ſchon vor der Verladung ſtattgefunden [2]).

VII. Der Committent iſt verbunden, dem Commiſſionair die von demſelben bezahlten Speſen und gehabten Unkoſten zu erſtatten, und da Kläger ſelbige in der Factura gehörig ſpecificirt haben, eine noch nähere Darlegung derſelben, ſo wie die Beibringung von Belegen, aber weder üblich, noch bei ſolchen Gegenſtänden im Handelsverkehr durchweg thunlich und ausführbar iſt, ſo hat in dieſer Beziehung dem Beklagten nur in geſchehener Art Beweis freigelaſſen werden können.

VIII. Nach dem Zeugniſſe von Meno Pöhls [3]) läßt ſich wohl innerhalb Europa's ein Herkommen behaupten, nach welchem im Zwei-

1) cf. Heiſe und Cropp Juriſt. Abhdl. Bd. 1. Nr. 13. §. 4. S. 212. 213.

2) cf. C. W. Aſcher's Rechtsfälle aus dem Handelsrecht. Thl. 3. Heft 4. Nr. V. S. 87—98. Hamb. 1837.

3) Handelsrecht. Bd. 1. §. 115. S. 267.

ſei die dem Commiſſionair zukommende Proviſion 2 p. Ct. beträgt. Beklagter behauptet dagegen, daß die von Klägern angeſetzten 2 p. Ct. zu viel, und nur 1½ p. Ct. herkömmlich ſeien, daher ihm hierüber der Beweis freizulaſſen iſt. — Dagegen iſt ſeine Annahme, daß die Proviſion nur von dem Kaufgelde für die Waare ſelbſt, und nicht, wie geſchehen, von dem ganzen Facturabelauf zu berechnen ſei, offenbar unrichtig, vielmehr iſt der Brutto-Betrag für den Commiſſionair, der nicht bloß die Waaren für den Committenten berichtigt, ſondern auch die übrigen Auslagen für denſelben beſtritten hat, der wahre in Betracht kommende Betrag [1]).

IX. Der Commiſſionair iſt befugt, von ſeinen ſämmtlichen Auslagen ſich Zinſen zu berechnen, und da beim Commiſſionsgeſchäfte in dieſem Bezug andere Grundſätze, als beim gewöhnlichen Kaufhandel gelten, ſo iſt die Forderung der Zinſen vom Tage der Zeichnung des Connoſſements den Klägern zuzugeſtehn, dem Beklagten aber auch der Beweis, daß erſtere ſich die Zinſen ſchon anderweitig bis zur Verfallzeit des gezogenen Wechſels berechnet gehabt, nicht abzuſchneiden geweſen.

X. Die Beſtimmung über die Schäden und Koſten bedarf an ſich keiner weiteren Erörterung, da deren Erſtattung an den Kläger aus der Sachfälligkeit des Beklagten für dieſen von ſelbſt folgt, für den Fall der Beweisführung aber auch dieſerhalb das Weitere vorbehalten iſt, dabei eine Ausnahme rückſichtlich der Verhandlungen über den Koſten-Cautionspunkt und das vom Beklagten beantragte Interimiſticum um ſo weniger zutreffen würde, als Beklagter, da er rem et pretium im Beſitz hat, ganz unnöthig und widerrechtlich Caution für die Prozeßkoſten prätendirt gehabt, mit dem Antrag auf ein Interimiſticum aber zurückgewieſen iſt, ihm alſo die in beider Hinſicht entſtandenen Koſten reſp. allein zur Laſt fallen, und von ihm dem Kläger zu erſtatten ſind.

Dieſes Erkenntniß wurde vom Beklagten durch das Rechtsmittel der Appellation und Querel angefochten, und durch die Sentenz des O.A.G. vom 30ſten Januar 1840

---

1) Pöhls a. a. O.

theilweiſe dahin abgeändert, daß dem Kläger der Beweis auferlegt ward:

1. daß die in der Klage sub 1. 2. 3. 5. und 6. bemerkten Waaren bei ihrer Verladung zu Rotterdamm von probemäßiger,

2. daß der ebendaſelbſt sub 4. bemerkte Candies hellbraun und von guter Beſchaffenheit geweſen;

3. daß von dem daſelbſt sub 5. erwähnten Sumatra-Caffee der Sack sub Nr. 22. bei der Verladung die in der Factura bemerkte Quantität Caffee enthalten;

4. daß ſämmtliche Waaren auf die bei Verſendungen dieſer Art zum Zweck der Conſervation übliche Weiſe verladen worden;

dem Beklagten aber nicht nur der Gegenbeweis, ſondern auch salva reprobatione der Beweis vorbehalten bleibe:

1. in Anſehung der Auslagen und Speeſen, daß und in wie weit dieſelben ungehörig oder überſetzt ſeien;

2. in Betreff der Proviſion,

entweder:

daß des Klägers Mandanten die libellirten Waaren alle oder zum Theil, und welche derſelben von ihrem eigenen Lager entnommen, und daß mithin weder überhaupt, noch theilweiſe, ein Einkaufscommiſſionsgeſchäft, ſondern vielmehr ein reiner Kaufhandel vorliege [1]);

oder:

daß die in Anſatz gebrachten 2 p. Ct. Commiſſionsproviſion nur mit 1¼ p. Ct. nach allgemeiner Han-

---

1) „Und daß — vorliege" dürfte irrelevant ſein.

delsüſance oder nach Rotterdammer Handelsüſance paſſiren können;

worauf, mit der Beſtimmung, daß dem Kläger eventualiter in Anſehung des Zinſenpunktes allemal nur Zinſen zu 5 p. Ct. pro anno ſeit dem 7ten Januar 1837 zuzuſprechen ſeien, in der Hauptſache und der Koſten halber weiter ergehen ſolle, was Rechtens. Die Koſten der Appellations-Inſtanz wurden compenſirt.

Die

Gründe

lauten:

1. Nach den Anlagen der Klage hat der Kaufmann J. B. Scheele, als Agent des Handlungshauſes Johann de Kuyper & Zoon zu Rotterdam mehrere Beſtellungen auf Caffee und Zucker entgegengenommen und ausgerichtet. Die angelegte Factura beſagt ausdrücklich: es ſeien die Waaren auf Ordre des Beklagten gekauft.

In der Klage heißt es, es ſei der Auftrag ertheilt, Waaren zu verſchreiben, mit beſtimmten Vorſchriften über Beſchaffenheit, Quantum und Kaufpreis; die Mandanten des Agenten hätten dieſen Auftrag ausgerichtet, gewiſſe Kiſten Candies und Säcke Caffee unter dem limitirten Preiſe angekauft u. ſ. w.

Darnach ſteht nicht zu bezweifeln, daß Kläger aus einer Einkaufscommiſſion als Commiſſionaire haben klagen wollen, und wenn es hin und wieder heißt „Beklagter habe gekauft," ſo iſt dabei zu ſubintelligiren „durch die dritte Hand."

Beklagter gibt excipiendo weſentlich zu, daß er nach Ausweis ſeines Ordrebuchs die Beſtellungen quaest. dem Gegner, mandatario nomine des klagenden Handlungshauſes, gemacht habe, ohne dabei anzuführen, wie er beſtimmt verlangt habe, die Waaren unter den geſtellten Bedingungen von dem Handlungshauſe ſelbſt zu kaufen. Es iſt alſo anzunehmen, daß ihm nur darum zu thun geweſen, die Waaren in der gewünſchten Quantität und Beſchaffenheit und zu dem beſtimmten oder einem geringeren Preiſe zu erhalten, gleichviel ob dies bewirkt werde durch unmittelbaren oder durch vermittelten reſp. Verkauf und Kauf.

2. Für die rechtliche Beurtheilung bleibt indeß die Frage, ob das von den Parteien abgeschlossene Rechtsverhältniß nach den Grundsätzen des Kaufs und Verkaufs oder nach den bei der Einkaufscommission geltenden Normen zu beurtheilen, nur etwa in Bezug auf die mitlibellirte Provision erheblich, indem diejenigen Rechtsgrundsätze, auf welche es bei der jetzigen Entscheidung hauptsächlich ankommt, bei beiden jenen contractlichen Verhältnissen im Wesentlichen zusammentreffen.

3. Zunächst nämlich ist es ein bei der Einkaufscommission nicht streitiger Grundsatz, daß der Commissionair, bei Ausrichtung der ihm ertheilten Commission, die ihm von dem Committenten bestimmt gesetzten Bedingungen genau einzuhalten verpflichtet, so wie daß der Committent zur Annahme der für ihn eingekauften Waare und zur Berichtigung der dem Commissionair erwachsenen Kosten nicht verbunden ist, sobald die Ausrichtung dem ertheilten Auftrage nicht entspricht [1]).

4. Dasselbe gilt beim Kaufcontract, denn auch hier liegt dem Verkäufer ebensowohl die Verpflichtung ob, die verkaufte Waare in der bedungenen Beschaffenheit zu liefern, wie dem Käufer das Recht zusteht, die Annahme der contractswidrig beschaffenen Waare und demgemäß die Berichtigung des stipulirten Kaufgeldes zu verweigern. — Wenn daher die dem Beklagten übersandte Waare, wie dieser behauptet, die contractlich bestimmte Beschaffenheit nicht gehabt hat, und eine ohne Widerspruch auf Seiten des Beklagten erfolgte Annahme derselben nicht vorliegen solite, so würde die auf Berichtigung des Kaufgeldes erhobene Klage sich als unbegründet darstellen, man mag dabei von dem Gesichtspunkte eines Commissionsgeschäfts oder eines Kaufcontracts ausgehen.

5. Ein gleiches Resultat ergibt sich aber auch ferner in Bezug auf die Frage über die Beweislast, da die geschehene Erfüllung des ertheilten, in der Anschaffung und Ablieferung der bedungenen Waare beruhenden Auftrages für den Commissionair ebensowohl, wie die erfolgte Uebergabe der verkauften Waare in der contractlich stipu-

1) Mittermaier deut. Privatrecht §. 497. Meyn Pöhls Handelsrecht. Thl. I. S. 251. Maurenbrecher gem. deut. Recht. Thl. 2. §. 352. Bender Grundsätze des deutschen Handlungsrechts Thl. 1. S. 214.

lirten Beſchaffenheit für den Verkäufer einen weſentlichen Theil der Klageberechtigung ausmacht, — beiden mithin auch da, wo dieſe Contracterfüllung beſtritten iſt, die Verpflichtung zur desfallſigen Beweisführung an ſich und inſofern obliegt, als auf Seiten des Committenten oder Käufers eine wirkliche Annahme der gelieferten Waare nicht bereits erfolgt iſt.

6. Nach erfolgter dieſer Annahme hat nämlich der zur Lieferung Verpflichtete ſeiner Seits die, mindeſtens in einer äußerlich tadelsfreien Form eingetretene Erfüllung ſeiner contractlichen Obliegenheiten für ſich, ſo daß der andre Contrahent, einerlei, ob Committent oder Käufer, nunmehr, will derſelbe deſſenungeachtet aus der, den contractlichen Verabredungen angeblich nicht entſprechenden, Beſchaffenheit der angenommenen Waare Rechte für ſich herleiten, die desfallſigen factiſchen Momente als exceptio non rite impleti contractus geltend zu machen und zu erweiſen verbunden iſt [1]).

7. Bei dem gegenwärtigen Rechtsſtreite kommt es dieſem nach hauptſächlich auf die Ermittelung an, ob anzunehmen ſteht, daß der Beklagte die ihm von den Mandanten des Klägers überſandten Waaren wirklich angenommen? Eine hierauf gerichtete ausdrückliche Erklärung des Beklagten iſt ſelbſt vom Kläger nicht behauptet; mithin wird zu erwägen ſein, ob anderweitige Handlungen des Beklagten vorliegen, welche einen concludenten Schluß auf eine ſolche Acceptation rechtfertigen.

8. In dieſer Beziehung folgt zunächſt daraus, daß der Beklagte die im Hafen zu Roſtock angelangte, vom dortigen Strande nach ſeinem Speicher transportirte, auf ihn facturirte Waare geſtändlich bei ſich aufgenommen, überall Nichts; denn der Committent oder Käufer, welcher in Folge vorausgegangener Beſtellung Waare von auswärts zugeſandt erhält, iſt an und für ſich zu deren Aufnahme verpflichtet, und die Verpflichtung bringt wiederum die Verbindlichkeit von ſelbſt mit ſich, die zur Aufnahme erforderlichen Maaßregeln zu ergreifen. Aus den zu dieſem Zweck getroffenen Vorkehrungen läßt ſich hiernach nur die ſtillſchweigende Erklärung, daß er aufnehmen, nicht aber, daß er annehmen will, herleiten.

---

1) Mühlenbruch Entw. des Civ.-Proz. §. 361. Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung. Ausgl. durch Heffter §. 27.

9. Eine beſtimmte geſetzliche Vorſchrift, welche es den Roſtocker Kaufleuten zur Pflicht macht, die von auswärts für ſie angelangte Waare vor der Aufnahme einer vollſtändigen Beſichtigung, unter Zuziehung von Sachverſtändigen, eventualiter unter öffentlicher Autorität, um die Beſchaffenheit derſelben zu conſtatiren, zu unterwerfen, iſt nicht vorhanden. Das Roſtocker Stadtrecht [1]) beſtimmt zwar:

„wenn Jemand etwas, es ſei, was es für Gut wolle, kauft,
„wenn er daſſelbe zuvor zur Genüge beſehen, da es kann beſehen
„werden, ſolches muß er bezahlen," —

enthält aber Nichts von einer Verpflichtung jener Art, und ſchließt die Befugniß des Kaufenden, die eigene Beſichtigung in ſeiner eigenen Behauſung vorzunehmen, nicht aus, trifft mithin auf das vorliegende Verhältniß um ſo weniger zu, als dergleichen von auswärts überſandte Waaren auf Seiten des Empfängers in der Regel erſt nach ſtattgehabter Entgegennahme beſehen werden können.

10. Weiter hat der Beklagte eingeräumt, die in ſeinem Speicher aufgenommenen fraglichen Waarenkiſten u. ſ. w. ſelbſt zum Theil geöffnet zu haben; allein da die demſelben zur Gewinnung der Ueberzeugung von der contractlichen Beſchaffenheit der Waare unbeſtritten zuſtehende Beſichtigung derſelben der Natur der Sache nach nicht ohne zuvorige Eröffnung der zur Verpackung benutzten Behältniſſe realiſirt werden konnte, ſo kann in rechtlicher Beziehung auch hieraus auf eine wirklich erfolgte Annahme Nichts gefolgert werden.

11. Ueberdies hat der Beklagte in den vom Kläger in den Anlagen 8 und 9. zur Klage ſelbſt beigebrachten Briefen, und zwar in dem Briefe vom 6ten November 1836 ſich beſtimmt dahin ausgeſprochen, „daß er ſämmtliche Waaren überhaupt noch näher unterſuchen werde, bevor er ſeine definitive Erklärung darüber abgeben könne," — und in dem Briefe vom 8ten ejusdem dieſe vorbehaltene Erklärung ebenſo beſtimmt dahin abgeben, daß ſämmtliche Waaren für Rechnung der klägeriſchen Mandanten lagerten, und ſolche zur Dispoſition derſelben verſtellt, die Annahme mithin ausdrücklich verweigert. Verſpätet war dieſe Weigerung keineswegs, da, wenn auch ein fortgeſetztes Schweigen des Empfängers als Annahme gelten muß, und derſelbe zur baldmöglichſten desfallſigen Anzeige verpflichtet iſt, doch auf

1) Thl. 3. Tit. 4. Art. 16.

der andern Seite eine bestimmte Frist, während welcher diese Anzeige zu beschaffen, gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, es vielmehr in dieser Rücksicht auf die jedesmaligen Umstände ankommt [1]), den vorliegenden Umständen nach aber bei jenen, schon resp. am 2ten und 4ten Tage nach dem am 4ten November erfolgten Eintreffen der fraglichen Waaren abgegebenen Erklärungen eine etwanige Saumseligkeit des Beklagten um so weniger anzunehmen steht, als die nähere Besichtigung der Waaren nicht ohne Zeitaufwand erfolgen konnte, und der Beklagte auf diese vor Abgabe seiner definitiven Erklärung ein wohlbegründetes Recht hatte.

12. Dem Vorstehenden nach liegt also zur Zeit nicht vor, daß klägerischer Seits die zur factischen Begründung der Klage wesentliche Contractserfüllung, insoweit der Beklagte diese in Bezug auf die festgesetzte Beschaffenheit der Waaren bestritten, wirklich nachgewiesen worden. Wenn aber vor erfolgter Nachweisung weder eine Verurtheilung noch eine Verpflichtung des Beklagten zur Beweisführung eintreten kann, so folgt hieraus weiter, daß nicht, wie in dem vorigen Urtheil geschehen, dem Beklagten, sondern zunächst dem Kläger der Beweis jener bestrittenen, zum Klagefundament gehörigen, Thatsachen aufzuerlegen gewesen ist.

13. In Ansehung desjenigen Theils der libellirten Waaren, welcher nach dem übereinstimmenden Zugeständnisse beider Parteien von dem Beklagten, laut demselben zuvor vorgelegter Probe, bestellt worden, könnte es freilich den Anschein gewinnen, als wenn aus dem in dem vorigen Urtheil, mit Bezug auf Heise und Cropp [2]) hervorgehobenen Grunde die desfallsige Verpflichtung zur Beweisführung auf den Beklagten übergegangen wäre. — Allein dieser Grund trifft in concreto um deswillen nicht zu, weil Kläger selbst nicht behauptet hat, daß er bei Vorzeigung der Probe die Annahme derselben von dem Beklagten verlangt, oder solche demselben wirklich eingehändigt habe.

14. Die eigene klägerische Ausführung in der Replik beschränkt sich vielmehr darauf, daß dem Beklagten eine größere Probe vorgelegt und es ihm überlassen worden, ob derselbe hievon sich eine kei-

---

1) Meno Pöhls cit. pag. 260.

2) Jur. Abhdl. Bd. I. Nr. 13. §. 4. S. 212. 213.

nere Probe nehmen wolle. Eine wirkliche Einhändigung der Probe, welche für den Beklagten die Verpflichtung zur Aufbewahrung zur Folge gehabt haben würde, hat also nach der eigenen Behauptung des Klägers nicht stattgefunden, und somit kann dem Letzteren das, in der im eigenen Verwahrsam desselben gebliebenen Probe enthaltene Beweismittel zur Darlegung der gehörigen Beschaffenheit der Waare auch nicht durch die Schuld des Beklagten entzogen — bei mangelnder solchen Verschuldung aber ebensowenig von einer Prästation des desfallsigen, in der Abnahme der Beweislast beruhenden, Interesses die Rede sein.

15. Die vom Beklagten und Appellanten aufgestellten gravamina erscheinen diesem nach in der Hauptsache allerdings darin begründet, daß nicht zuvörderst dem Kläger der Beweis des erwähntermaaßen bestrittenen Klagegrundes injungirt worden. Dieser Beweis hat aber auch ferner so, wie das heutige Urtheil besagt, auf der einen Seite auf den Zeitpunkt der zu Rotterdam stattgehabten Verladung der Waaren beschränkt, und auf der anderu Seite auf die, zum Zweck der Conservation derselben geschehene gehörige Verladung ausgedehnt werden müssen, weil allemal mit der erfolgten Absendung der gehörig verpackten Waaren die Gefahr auf den Beklagten überging, eine etwa später in der Beschaffenheit derselben eingetretene Veränderung mithin zur Elidirung des klägerischen Rechts auf Berichtigung des stipulirten Preises nicht geeignet sein würde.

16. Ob das ganze Rechtsverhältniß aus dem Gesichtspunkte des Kaufcontracts, oder der Einkaufscommission beurtheilt wird, begründet auch hier keinen Unterschied, da in concreto die fraglichen Waaren, wie der Beklagte nicht zu bestreiten vermocht, zu einem bestimmten Preise bestellt sind, in Fällen dieser Art aber mit der erfolgten Absendung der Kaufcontract selbst als abgeschlossen vorliegt, und diese Vollendung des Contractsabschlusses den Uebergang der Gefahr auf den Käufer mit sich bringt [1]), gleich wie bei der Einkaufscommission nach der ordnungsmäßig beschafften Absendung der Committent die Gefahr zu tragen hat [2]).

---

1) §. 3. J. de emt. et vendit. (3. 24.) l. 62. §. 2. D. de contrah. emt. (18. 1.) l. 6. C. de peric. et comm. rei vend. (4. 48.)

2) Meno Pöhls cit. pag. 258. Bender cit. §. 101.

17. Die sonstigen, in Ansehung der mitlibellirten Nebenpunkte und rücksichtlich der Entscheidung über die vorgeschützten dilatorischen Einreden mit zur Beschwerde gezogenen Punkte sind dagegen nur zum Theil für erheblich und resp. für völlig unbegründet zu achten. Zuvörderst nämlich die Unkosten und Spesen anlangend, so erscheinen solche ohne Weiteres nicht übertrieben, und hat eine Justification durch Belege, als gegen kaufmännische Usance angehend, dem Kläger nicht auferlegt werden dürfen.

18. Ebenso ist bis auf den Beweis der Einrede entgegenstehender Usance, eine Provision von 2 p. Ct. von dem ganzen Belaufe der Factura für unbillig nicht zu achten. Der desfallsige Beweis war indessen alternativ auch auf eine Rotterdammer Handelsusance zu richten, indem auch schon die letztere, als unter welcher contrahirt worden, zu Gunsten des Beklagten entscheiden muß.

19. An Zinsen sind dem Kläger 5 p. Ct. p. a. seit Zeichnung des Connossements, also seit dem 7ten October 1836, zugebilligt, und ist derwegen dem Beklagten nur der Beweis freigelassen, daß die Berechnung der Zinsen schon in der Cours-Berechnung von Holländischen Gulden zu Hamb. Bco. liege.

Diese Bestimmung ist für richtig nicht zu achten.

Denn Kläger selbst hat in der Klage nur angegeben, bei Ertheilung des Auftrages sei verabredet, daß der Absender den Belauf der Factura in dreimonatlichen Wechseln auf das Handlungshaus Gorrison & Lutze zu Hamburg trassiren solle. Dadurch war der Termin der Zahlungsfälligkeit von selbst bis 3 Monat nach Zeichnung des Connossements, mithin bis zum 7ten Januar 1837, hinausgerückt. Eine mora ist also rechtlich nicht früher gedenklich, mithin auch nicht die Zuerkennung von früher zu laufen anfangenden Verzugszinsen.

Sententia a qua condemnirt einfach zur Zahlung binnen 14 Tagen, es kann also auch nicht angenommen werden, daß hiemit eine Zahlung nach 3 Monaten und 14 Tagen gemeint sei, wodurch sich freilich der Differenzpunkt von selbst heben würde.

Dieserhalb hat daher, wie geschehn, reformirt werden müssen.

20. Die dilatorischen Einreden der dunkeln und mangelhaften Klage und insonderheit auch die der zu leistenden Caution für die Prozeßkosten sind mit Recht verworfen, mithin kann der dazu gehörige Kostenpunkt nicht von dem Kostenpunkte der Hauptsache getrennt wer-

den, und ist es gleichgültig, ob die fraglichen Einreden von Anfang an unbegründet waren, oder ob sie durch Repliken entkräftet wurden.

21. Wenn übrigens in dem heutigen Urtheil dem Beklagten in Bezug auf die eingeklagte Provision der in der sent. a qua sub 1. festgestellte Beweis noch besonders vorbehalten ist, so rechfertigt sich dies dadurch, daß beim wirklichen Kaufgeschäft eine solche Provision nicht stattfindet, die klägerischen Mandanten dieselbe also allerdings nur dann anzusprechen berechtigt sind, wenn dieselben die libellirten Waaren grade zur Genügung des von dem Beklagten erhaltenen Auftrags wirklich von dritten Personen eingekauft, und nicht aus ihrem eigenen Lager entnommen, solche dem Beklagten nicht selbst verkauft haben.

22. Auf das ganze libellatum hat sich aber dieser Beweis-Vorbehalt nicht erstrecken können, weil, wie bereits oben nachgewiesen worden, im Uebrigen die Frage über das Vorhandensein eines Verkauf- und Kauf- oder eines Commissions-Geschäfts, für den Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits durchaus irrelevant bleibt, und, insofern die Sent. a qua dem Beklagten diesen Beweis ohne Beschränkung auf die mit eingeklagte Provision freigelassen hat, derselbe jetzt wegfallen muß, da statt der dort ausgesprochenen Zahlungsverbindlichkeit des Beklagten die erhobene Klage nunmehr reformando erst von der zuvorigen Beweisführung des Klägers abhängig gemacht wird.

23. Die Kosten dieser Instanz sind compensirt worden, weil Beklagter, nun Appellant, theilweise, aber auch nur theilweise Grund zur Beschwerdeführung hatte.

Dieses Erkenntniß wurde in restitutorio unterm 28. Januar 1841 bestätigt aus folgenden

Gründen.

1. Die Hauptbeschwerde des Imploranten besteht darin, daß die angefochtene Entscheidung die Last der Hauptbeweisführung reformatorisch von dem Gegentheile auf ihn übertragen hat. Diese Vertheilung der Beweislast ist jedoch in den Gründen jenes Erkenntnisses so vollständig und zusammenhängend bereits gerechtfertigt worden, daß die gegenwärtige Aufgabe nicht auf eine nochmalige ausführliche Auseinandersetzung der Grundlagen jener durchaus richtigen Entscheidung,

ſondern nur auf eine Beſeitigung der Argumente gerichtet ſein kann, welche der Imploranf denſelben entgegenzuſetzen verſucht hat.

2. Zunächſt wird die wahre thatſächliche und rechtliche Sachlage, um welche es ſich hier handelt, von dem Imploranten verkannt, wenn derſelbe behauptet, die Erfüllung des Contracts von Seiten ſeiner Mandanten liege bereits in der Lieferung der beſtellten und von dem Imploraten angenommenen Waaren erwieſen vor, und da nur einzelne von dem Letzteren gerügte Mängel derſelben in Frage ſtänden, ſo verpflichte dieſe exceptio non rite adimpleti contractus, vermöge welcher der Implorat auf Redhibition dringe, denſelben zu dem Beweiſe der gedachten Mängel, welcher demſelben daher in dem erſten Erkenntniſſe mit Recht auferlegt worden wäre.

3. Denn der Contract war nicht bloß auf die Lieferung der gedachten Waaren in genere zu den angezeigten Preiſen, ſondern auf Lieferung derſelben in einer beſtimmten beſondern Beſchaffenheit, reſp. nach einer beſtimmten Probe, gerichtet. Hier konnte daher die Erfüllung nur durch Lieferung der bedungenen probehaltigen Beſchaffenheit bewerkſtelligt werden, und, da der Beklagte dieſe geläugnet hat, ſo iſt der Kläger verbunden, dieſelbe zu beweiſen. Dieſe Beweislaſt folgt aus den beiden Rechtsgrundſätzen, daß erſtens bei einem zweiſeitigen Contracte jeder Theil die Gegenleiſtung des andern nur gegen Erfüllung ſeiner bedungenen Leiſtung verlangen kann, daher der, welcher zuerſt auf Erfüllung klagt, ſeiner Seits bereits erfüllt haben oder zur Erfüllung bereit ſein muß, ſofern nicht nach der beſondern Natur des Geſchäfts dem Gegentheile die vorangehende Erfüllung obliegt, — und daß zweitens der Kläger die Vorausſetzungen zu beweiſen hat, von welchen in ſeiner Perſon die Geltendmachung ſeines Rechts gegen den Beklagten abhängt — actori incumbit probatio.

4. Erſt dann, wenn die Erfüllung des Contracts an ſich außer Zweifel iſt, mithin hier, wenn die Lieferung der Waaren in der bedungenen probemäßigen Beſchaffenheit feſtſtände, und dann noch beſondere Mängel außerhalb jener Gränze von dem Beklagten behauptet worden wären, würde derſelbe den Beweis derſelben oder der ſogenannten exceptio non rite adimpleti contractus zu führen haben. Dieſer Fall ſteht jedoch hier nicht zur Frage, und ebenſo wenig kann hier von Redhibition die Rede ſein, wo der Beklagte nur behauptet,

daß ihm die bedungenen Gegenstände noch gar nicht geliefert worden wären, und er deshalb nicht zur Zahlung verbunden sei.

5. Anders würde es ebenfalls sein, wenn der Beklagte die ihm zugesendeten Waaren in einer Weise angenommen hätte, woraus sich die Absicht, dieselben behalten zu wollen, ergäbe. Denn wenn auch dadurch die Redhibitionsbefugniß, in Bezug auf später von ihm entdeckte Redhibitionsgründe, nicht ausgeschlossen wäre, so würde derselbe doch dadurch zunächst anerkannt haben, daß der Kläger seiner Seits den Contract durch Lieferung der bedungenen Gegenstände im Allgemeinen erfüllt habe, und deshalb diesem Zugeständnisse gegenüber wieder den Beweis der bezeichneten Redhibitions- oder Minderungsgründe zu übernehmen haben. Allein auch dieser Fall liegt hier nicht vor.

6. Der Implorant räumt jetzt selbst ein, daß er eine von dem Beklagten geschehene Annahme der Waaren in dem obigen Sinne nicht zu behaupten vermöge. Derselbe meint nur, der Beklagte habe sich bei und nach der Empfangnahme der Waaren einer culpa schuldig gemacht, welche ihn zur Annahme derselben Beweislast verpflichte. Diese culpa soll darin bestehen, daß der Beklagte, nach der Ankunft der Waaren, keine Maaßregeln ergriffen habe, den Kläger von der Identität und Beschaffenheit der Waaren zu überzeugen; daß derselbe vielmehr durch den Transport der Waaren-Collis auf seinen Speicher und durch deren resp. Oeffnung und Besichtigung der Waaren ohne Zuziehung des Klägers, demselben jene Ueberzeugung entzogen, und ihm dadurch seine Beweisführung sehr erschwert, ja vielleicht unmöglich gemacht habe. Wegen dieses Verstoßes gegen die contractliche Diligenz müsse der Beklagte das Interesse prästiren, welches demnach darin bestehe, daß er nun seiner Seits den Beweis der Mangelhaftigkeit der Erfüllung übernehmen müsse.

7. Da jedoch die Mandanten des Klägers die Waaren unmittelbar an den Beklagten adressirt hatten, so mußte dieser dieselben zunächst bei sich aufnehmen, und, da derselbe dabei keinen Grund hatte, vorauszusetzen, daß die ersteren ihm nicht die bedungenen Waaren überschickt hätten, er früher vielmehr nur Besorgnisse über die Beschaffenheit des gewählten Transportschiffes geäußert hatte, so hatte derselbe auch keine Veranlassung, gleich bei der Ankunft der Waaren und vor deren Aufnahme in seinen Speicher, zur Constatirung ihrer

Identität und Beſchaffenheit den Kläger zuzuziehen. Nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen verſtieß daher der Beklagte durch die Unterlaſſung dieſer Zuziehung um ſo weniger gegen die contractliche Diligenz, als der Beklagte im Allgemeinen nicht verpflichtet iſt, dem Kläger Beweismittel zu ſammeln, zu verſchaffen oder zu erhalten. Ganz daſſelbe gilt von der erfolgten Beſichtigung der Waaren, ohne welche der Beklagte nicht im Stande war, zu erkennen, ob die ihm zugeſendeten Collis die bedungenen Waaren enthielten. Ohnehin hatte aber auch der Beklagte den Kläger bereits vor der Beſichtigung von der demnächſtigen Vornahme derſelben zeitig in Kenntniß geſetzt; es hing alſo lediglich von dem Kläger ab, derſelben beizuwohnen und ſich auf alle Weiſe der Identität und Beſchaffenheit der Waaren zu verſichern. Dazu hatte derſelbe eine um ſo größere Aufforderung, als der Beklagte in derſelben Zuſchrift vom 6ten November 1836 bereits ausdrücklich bemerkt hatte, daß er ſeine definitive Erklärung über die Annahme der Waaren von dem Reſultate ihrer Beſichtigung abhängig machen müſſe. Iſt daher in dieſen Verhältniſſen etwas verſehen worden, ſo iſt es lediglich von den Mandanten des Klägers und dieſem ſelbſt geſchehen, indem jene die Waaren dem Beklagten nicht durch die Hand des Klägers überliefern ließen, und der letztere nach deren Ankunft an die Adreſſe des Beklagten, mindeſtens nach dem Empfange der Zuſchrift vom 6ten November 1836 nicht die erforderlichen Sicherungsmaaßregeln ergriff. Daß in Roſtock keine beſonderen geſetzlichen Beſtimmungen beſtehen, welche den Beklagten zu der von dem Kläger behaupteten, von den Grundſätzen des gemeinen Rechts abweichenden Diligenz verpflichtet hätten, iſt ſchon früher gezeigt worden. Die bloße Gelegenheit, die Waaren in öffentlichen Gewahrſam bringen und dort beſichtigen zu laſſen, erſcheint daher, da der Beklagte nicht dazu verpflichtet war, rechtlich als unerheblich.

8. Ein weiteres Argument für die entgegengeſetzte Vertheilung der Beweislaſt hat der Implorant in den Umſtand geſetzt, daß der Beklagte, ſofern er nach Probe beſtellt, von der ihm vorgelegten Probe nichts zurückbehalten und zur Vergleichung der Probehaltigkeit der gelieferten Waare aufbewahrt habe. Allein, ſowohl nach dem gemeinem Rechte, als nach kaufmänniſchem Gebrauche, verpflichtet der bloße Abſchluß eines Handels oder einer Einkaufscommiſſion nach einer von dem Verkäufer, als Commiſſionair, vorgelegten Probe, den Käufer

oder Committenten nicht, dieſe Probe oder einen Theil derſelben zu ſich zu nehmen und zu dem bezeichneten Zwecke aufzubewahren. Es hängt vielmehr allein von ſeinem Gutbefinden ab, zu ſeiner eigenen Sicherung dergleichen zu thun. Da hingegen dem Verkäufer oder Commiſſionair die Erfüllung nach der Probe obliegt, und dieſe event. von demſelben bewieſen werden muß, ſo iſt es lediglich ſeine Sache, ſich ein behufiges Beweismittel dazu in der Aufbewahrung und der Feſtſtellung der Identität der Probe zu ſichern. Von dieſen regelmäßigen Grundſätzen tritt nur dann eine Ausnahme ein, wenn der Verkäufer oder Commiſſionair die Probe dem Käufer oder Committenten zur Aufbewahrung übergeben, dieſer dieſelbe dazu übernommen hat, und dieſelbe demnächſt durch ſeine Schuld abhanden gekommen, oder weſentlich verändert worden iſt. Da jedoch auch dieſer Ausnahmsfall hier nicht vorhanden iſt, ſo kann dem Verklagten rückſichtlich ſeines Verhaltens zu der ihm bloß vorgelegten Probe keine culpa beigemeſſen, mithin auch aus dieſem Grunde keine Uebertragung der Beweislaſt auf ihn herbeigeführt werden.

9. Hiedurch iſt Alles, was der Implorant im Allgemeinen gegen die von ihm angefochtene Vertheilung der Beweislaſt vorgetragen hat, erſchöpft worden. Die beſondere Beſchwerde deſſelben gegen den Beweisſatz sub 4. iſt ebenfalls unbegründet. Hat der Beklagte auch keine ausdrücklichen Einwendungen gegen die gehörige Verpackung der Waare gemacht, ſo hat er dieſelbe doch auch nirgends direct eingeſtanden. Dieſer Gegenſtand iſt daher bis jetzt nicht genügend in den Acten aufgeklärt worden. Da es aber demnächſt event. darauf ankommen wird, zu beſtimmen, welchen Urſachen etwanige, ſeit der Abſendung der Waaren eingetretene Veränderungen ihrer Beſchaffenheit beizumeſſen ſind, welchem der ſtreitenden Theile daher das periculum derſelben obliege, ſo war der Richter ſo berechtigt, als verpflichtet, von der Beweisführung des Klägers näheren Aufſchluß über die gehörige Erfüllung dieſer Seite ſeiner contractlichen Obliegenheiten zu verlangen. Auch kann es nur in dem eigenen Intereſſe des Klägers ſein, durch ſeinen Beweis zu zeigen, daß ihm jene etwanigen Veränderungen nicht zur Laſt gelegt werden können. Da aber die Verpflichtung zu der in dem Beweisſatze angezeigten Beſchaffenheit der Verpackung ſich auch auf die 1000 Kilogramme Farin in ſo weit miterſtreckt, als dieſelbe ſich auch an die aufgegebene Benutzung alter

Fässer und Kisten dahin anschließt, daß auch bei dieser Nichts versehen werden durfte, so hat der Implorant dem Beweissatze auch mit Unrecht den Vorwurf zu großer Allgemeinheit gemacht.

10. Die sämmtlichen übrigen Beschwerden des Implorauten erledigen sich mittelbar durch die nachgewiesene Grundlosigkeit seiner drei ersten Beschwerden, bis auf den Gegenstand der fünften Beschwerde, welcher daher allein noch zu erwägen steht. Allein auch diese ist nicht besser begründet. Ueber die Art und Weise, wie der Beklagte eventualiter Zahlung in Hamburger Banco leisten wird, ob durch Hamburger Wechsel oder auf andere Weise durch Berichtigung des Werths des Hamburger Banco u. s. w., darüber enthält die erste Entscheidung keine Bestimmung. Daher erscheint Alles, was der Implorant auf die besondere Voraussetzung der Zahlung durch Hamburger Wechsel gebaut hat, als unzutreffend. Da derselbe jedoch im Uebrigen gegen die fragliche Bestimmung des Anfangspunktes der Verzugszinsen nichts einzuwenden vermocht hat, so mußte es bei derselben ebenfalls bewenden.

11. Bei der gänzlichen Unerfindlichkeit aller aufgestellten Beschwerden, war der Implorant auch in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

Kläger trat darauf am 24sten April 1841, innerhalb der ihm erstreckten Frist, seinen Beweis an durch die Erklärung, daß er die Beweise ad 1 und 2. durch Urkunden und Sachverständige, den Beweis ad 4. durch letztere allein führen, den Beweis ad 3. aber aufgeben wolle.

A. Als Urkunden producirt er obrigkeitlich beglaubigte Original-Atteste der beeidigten Waarenmakler Jan Rueb und E. L. Jacobson zu Rotterdamm, nebst deren vom niederländischen Viceconsulat zu Rostock beglaubigten Uebersetzungen.

Die Aussteller dieser Urkunden bezeugen:

daß sie, im Auftrage des Handlungshauses J. de Kuyper & Zoon, Waaren der Art, wie sie vom Beklagten bestellt worden, theils nach Probe, theils

in Uebereinstimmung mit der dem Hause zugegangenen und ihnen ertheilten Ordre, im Herbst 1836 gekauft haben, und daß diese Waaren mit dem Schiffer Friedrich Franz nach Rostock verladen seien.

B. Zu Sachverständigen schlägt Kläger die Kaufleute J. D. Capell und J. E. W. Buck vor, und beantragt deren eidliche Abhörung über folgende Punkte:

1. ob die von ihnen zu besichtigenden Waaren — einzeln aufgeführt und näher charakterisirt sub a bis f. — entweder noch jetzt von der vorgeschriebenen Beschaffenheit seien, oder, wenn nicht, ob zu erkennen, daß sie wenigstens zur Zeit der Verladung die fragliche Beschaffenheit gehabt haben?
2. Ob die Waaren auf die bei Versendungen dieser Art zum Zweck der Conservation übliche Weise verladen seien?

Diese Beweismittel würden zwar nicht direct die Uebereinstimmung der gelieferten Waaren mit den dem Beklagten gegebenen Proben beweisen können, da die Proben nicht mehr vorhanden seien; doch werde aus dem Inhalt der Urkunden und dem Urtheil der Sachverständigen über die Beschaffenheit der Waaren eventualiter so viel zu entnehmen sein, daß selbige der ordremäßigen Qualität, wie sie vom Beklagten selbst in seinen Exceptionalen angegeben werde, sämmtlich oder theilweise entsprochen hätten.

C. In subsidium deferirt Kläger dem Beklagten den Schiedseid über die Beweissätze 1. 3 und 4.

Nachdem das Ober- und das Ober-Appellations-Gericht, den beklagtischen Ausführungen zuwider, sich für die Relevanz dieser Beweisausführung entschieden hatten, wurde die Echtheit der producirten Urkunden, so wie die Richtigkeit der Uebersetzung, von dem Beklagten am 7ten Sept.

1841 anerkannt. Auch verzichtete derselbe am 12ten Mai auf sämmtliche Gegenbeweise, und erließ unterm 16ten Sept. dem Gegner den unter Nr. 4. diesem auferlegten Beweis, indem er seinerseits die Kaufleute Bernhard und Knitschky als Sachverständige in Vorschlag brachte.

Hierauf ward, in Betreff der den Sachverständigen vorzulegenden Fragen, das Verlangen des Beklagten, den von dem Kläger für den ersten Beweissatz entworfenen irrelevanten Fragen andere, welche direct auf die Ermittlung der Probemäßigkeit gerichtet seien, zu substituiren, verworfen, und jene, so wie die vom Producenten in Betreff des zweiten Beweissatzes gestellte Frage, jedoch unter Zulassung der von dem Beklagten entworfenen als sechs Gegenfragen, für sachgemäß erklärt, indem die Kosten dieses Incidentstreites zur Entscheidung in der Hauptsache verstellt wurden — eine Determination, welche in der Querelinstanz bestätigt ward.

Die am 22sten Februar 1842 beeidigten Sachverständigen gaben ihr Erachten am 4ten März dahin ab:

a. in Betreff des Melis-Zuckers: daß derselbe durch das lange Lagern offensichtlich sehr verschlechtert worden, und sie deshalb nicht zu behaupten wagten, wie dieser Zucker vor 5—6 Jahren möglicherweise ausgesehen. Doch habe sich ihrer Aller Meinung dahin geneigt, daß derselbe originaliter wohl nicht füglich als Prima- oder feinster Secunda-Melis habe bezeichnet werden können;

b. in Betreff des Farin: daß sie ebenfalls nicht zu entscheiden wagten, wie derselbe von 5—6 Jahren, als die sich jetzt abgesondert habenden Syrupstheile noch mit demselben vereint gewesen, ausgesehen haben möge;

c. in Betreff der 20 Kisten Candies: daß diese rück-

sichtlich ihrer Farbe für die Benennung „hellbraun" allerdings genügten, von Qualität aber „nicht schön" zu nennen seien, sondern kleinstückige und trübfallende Waare;

d. in Betreff der 25 Kisten ordinairen mittelbraunen Candies entdeckten sie nicht das Trockne und Klare, was man von dieser Sorte Candies zu verlangen pflegt; und bemerkten sodann:

e. in Betreff des Sumatra-Caffee: daß derselbe vor 5 — 6 Jahren völlig das gewesen, was er hätte sein sollen: „grüne Waare;"

f. in Betreff des Java-Caffees: daß sie denselben blaßgelb gefunden, mit wenig gebrochenen Bohnen; über die ursprüngliche Farbe aber derzeit nicht mehr entschieden werden könne, da sich diese Sorte Caffee schon in einem Jahre gar sehr entfärbe.

Auf Vorschlag des Gerichts wurden nunmehr die streitigen Waaren, nachdem deren Identität durch die an Eidesstatt abgegebene Versicherung des Beklagten festgestellt war, mit Einwilligung beider Theile „salvo jure et processu und dergestalt, daß pretium in locum rei trete" in öffentlicher Auction verkauft, und der Erlös (875 Thlr. 9½ ßl. n. ⅔) einstweilen bis zur Beendigung oder Beilegung der Sache ad depositum judiciale gebracht.

Nach geendigtem Productionsverfahren folgte das Hauptverfahren, in welchem Kläger unterm 7ten September 1842 den Antrag stellt:

den Beweis ad 1. in Ansehung des Sumatra-Caffees für geführt zu erkennen, hinsichtlich der übrigen ad 1 und 2. aufgeführten Beweispunkte aber dem Beklagten den Reinigungseid aufzulegen. Der Beklagte dagegen verlangt unterm 8ten October 1842 ein Erkenntniß, daß der

erſte Beweisſatz in Betreff der sub 1. 2. 5. 6. der Klagſchrift aufgeführten Waaren für nicht geführt, hinſichtlich der ebendaſelbſt sub 3. der Klagſchrift aufgeführten Waaren, ſo wie in Anſehung des zweiten Beweisſatzes aber das Gegentheil deſſen, was zu beweiſen war, als erbracht anzuſehen ſei.

Nach erklärtem Actenſchluß und abgehaltenem Rotulationstermin, ſo wie nach Erledigung eines Zwiſtes über die Größe der Buchſtaben und den Zwiſchenraum der Zeilen in den Copien der Parteiſchriften zu Gunſten des klägeriſchen Anwaltes, erfolgte unterm 20ſten Januar 1844 die zweite Sentenz des Obergerichts, des Inhalts:

daß durch die vom Kläger verſuchte Beweisführung

ad 1. in Bezug auf die 10 Säcke grünen Sumatra-Caffee (sub 5. der Klage) ſo viel dargethan ſei, daß dem Beklagten über die Negative des Beweisthemas der Reinigungseid aufzulegen, in Bezug auf die übrigen Waaren — sub 1. 2. 3 und 6. der Klage — aber, ſo wie

ad 2. in Bezug auf die sub 4. der Klage aufgeführten 20 ganzen Kiſten ordinair hellbraunen Candies rückſichtlich deſſen guter Beſchaffenheit — während die hellbraune Farbe für genügend nachgewieſen zu halten — nicht ausreichend ſo viel bewieſen worden, um auf einen nothwendigen Eid erkennen zu können, und demnach Kläger mit den behufigen Anträgen in Anſehung der reſervirten Eidesdelation hervorzugehen habe.

Nachdem dieſes Urtheil die Rechtskraft beſchritten, ſchob der Kläger dem Beklagten über die Negative des erſten und zweiten Beweisſatzes den Eid zu, und wurde derſelbe, nach desfalls zugelegten Verhandlungen, hinſichtlich des erſten de credulitate, in Betreff des zweiten de

veritate, unterm 30sten April 1844 vom Beklagten körperlich abgeleistet.

Auf die Ableistung des ihm hinsichtlich der 10 Säcke grünen Sumatra-Caffee auferlegten Reinigungseides, hatte der Beklagte bereits unterm 11ten März desselben Jahres verzichtet.

Das hierauf am 18ten Mai 1844 gefällte Endurtheil des Obergerichts bestimmte:

I. daß Beklagter die sub 1. 2. 3 und 6 der Klage aufgeführten Waaren anzunehmen, und dafür den Facturawerth nebst den berechneten Auslagen, Speesen, Provision und Zinsen pro quantitate jenes Werthbelaufs zu bezahlen nicht verbunden sei, Kläger vielmehr mit seiner mandatario nomine hierauf gerichteten, nunmehr unbegründet erscheinenden Klage ab- und zur Ruhe verwiesen werde, folgeweise aber die bezeichneten hergesandten Waaren zurückzunehmen, oder vielmehr jetzt, weil inzwischen dieselben mit beider Theile Zustimmung in Auction verkauft und der Erlös ad depositum des Obergerichts gebracht worden, solchen Erlös aus letzterem zu empfangen habe;

II. daß derdem Kläger wegen der sub 5. der Klage bemerkten 10 Säcke Sumatra-Caffee aufgelegte Beweis, nachdem Beklagter auf die Ableistung des Reinigungseides verzichtet, zu der Folge für erbracht zu erkennen, daß der Beklagte diese Waare anzunehmen oder vielmehr jetzt den Erlös derselben ex deposito zu erheben, dagegen aber dem Kläger für dessen Mandanten den Facturabetrag mit 328 fl. 72 Ct. nebst Vergütung des auf diesen Betrag etwa erweislichen Coursverlustes, auch Verzugszinsen zu 5 p. Ct. p. a. seit dem 7ten Januar 1837, imgleichen die in der Factura — Anlage 2 zur Klage — berechneten Auslagen, Speesen und 2 p. Ct. Provision, pro quantitate des obi-

gen Werthbetrags von 328 fl. 72 Ct. binnen 14 Tagen bei Strafe der Execution zu berichtigen habe, jedoch nach Abzug des Facturawerths von 71 Pfd. dieſes Caffees, welche nach des Beklagten Behauptung in den Exceptionalen Nr. 5. pag. 29 sub c. an dem Sacke Nr. 22. gefehlt haben, und welcher Umſtand durch des Klägers Erklärung in ſeiner Beweisantretung Nr. 37. act. pag. 13 in fine, daß er den ihm dieſerhalb in der mehrberührten oberappellationsgerichtlichen Sentenz vom 30ſten Januar 1840 ad Nr. 32. act. sub 3. auferlegten Beweis aufgebe, als richtig zugeſtanden ſei.

III. Daß die Prozeßkoſten, ſo weit nicht ſchon anderweitig rechtskräftig darüber erkannt worden, und mit Ausnahme der Contumacial-Expenſen, gegen einander compenſirt und aufgehoben werden ſollen; welche Beſtimmung ſich dadurch rechtfertige, daß Kläger einen Theil der ihm in der Sentenz vom 30ſten Januar 1840 ad Nr. 32. auferlegten Beweiſe, nämlich den Beweis in Bezug auf die 10 Säcke Sumatra-Caffee und den Beweis über die Art der Verladung der libellirten Waaren überhaupt, welchen Beweis Beklagter dem Kläger erlaſſen, geführt, und Beklagter den ihm wegen der Auslagen u. ſ. w. freigelaſſenen, in Bezug auf die 10 Säcke Sumatra-Caffee von Relevanz bleibenden Einredebeweis aufgegeben habe, weshalb hier die Vorſchrift des Roſtocker Stadtrechts Thl. V. Tit. 8. Art. 8. zur Anwendung komme.

Gegen dieſes Erkenntniß wurde vom Beklagten am 7ten Juni 1844 das zutreffende Rechtsmittel eingelegt, als ſolches iſt, nach vorgängiger Anfrage beim O. A. G., von dieſem das der Reſtitution bezeichnet, und ſind ſodann, nachdem unterm 6ten Juli die Rechtfertigung der Beſchwerden und am 31ſten Juli die Vernehmlaſſung des Implo-

raten eingegangen war, die Acten zum Spruch versandt worden.

B. Rechtliche Beurtheilung.

Der Beklagte hat der Form nach fünf, der Sache nach drei Beschwerden aufgestellt:

1. Er verlangt (erste und zweite Beschwerde), daß in dem Urtheil die Worte:

> folgeweise aber die bezeichneten ... zu empfangen hat

hinweggelassen werden.

Die Klage ist gerichtet auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung von 3339 Mrk. 1 ß. Hamb. Bco., nebst Zinsen Schäden und Kosten, für gekaufte und empfangene Waaren. Der Beklagte hat auf Abweisung seines Gegners angetragen, und dessen Anspruch ist von der Führung mehrerer Beweise abhängig gemacht. Da ein Theil derselben für nicht geführt erkannt ward, so mußte der Kläger mit dem entsprechenden Theil der obgedachten Forderung abgewiesen werden. In Folge dieser Abweisung würde der Kläger an sich berechtigt sein, die betreffenden, in den Händen des Beklagten befindlichen Waaren zu condiciren, und dieser die Befugniß haben, sie bis zur Abführung der auf dieselben als negotiorum gestor des Klägers gemachten Verwendungen zu retiniren. Dieses ursprüngliche Sachverhältniß ist dadurch alterirt worden, daß das Obergericht den Parteien vorschlug „salvo jure et processu" die streitigen Waaren zu versteigern und den Erlös bis zur Beendung oder Beilegung der Sache zu deponiren, dergestalt, „daß pretium in locum rei trete" — eine Proposition, welche von den Parteien pure angenom-

men und ſodann ausgeführt worden iſt. An die Stelle der Condiction tritt nunmehr der Antrag des Klägers auf Ausantwortung des für die betreffenden Waaren aufgekommenen Preiſes, und es entſteht die Frage, ob der Beklagte befugt iſt, hiegegen ſeine Retentionseinrede annoch geltend zu machen, oder ob, wie der Kläger vermeint, die Einwilligung zum Verkauf der Waaren einen Verzicht auf die Einrede enthält. Ausgemacht iſt ſoviel, daß dieſelbe in ihrer urſprünglichen Geſtalt erloſchen ſei. Nur wer detinirt, kann retiniren. Den Inhalt der Einrede, Erſatz zu erhalten für die auf die Waaren gemachten Verwendungen, hat die Veräußerung jedoch nicht afficirt. Sie iſt vorgenommen für Rechnung deſſen, den es anging, in der Weiſe, daß die Parteien ſich dieſelben materiellen Rechte an dem Erlös vorbehielten, welche ihnen an den Waaren zuſtanden. Hätte nun der Beklagte für den Kläger die Veräußerung vorgenommen, ſo würde es nicht zu bezweifeln ſein, daß er an dem Kaufpreis den Betrag der erweislichen Verwendungen im Wege der Compenſation zu kürzen berechtigt geweſen wäre: ein gleicher Anſpruch muß ihm zuſtehen in einem Fall, wo im Auftrage beider Parteien die Verſteigerung von einem dritten beſchafft ward. Ein Verzicht auf die Verwendungen iſt alſo überall nicht, und um ſo weniger anzunehmen, als der Beklagte namentlich in ſeiner Vernehmlaſſung der von ihm auf die Waaren gemachten Verwendungen ausdrücklich gedacht hat. Vielmehr wird das Gericht einen Antrag des Klägers auf Ausantwortung der hinterlegten Gelder dem Beklagten zur Wahrung ſeiner etwaigen Anſprüche mitzutheilen und nach deren Ausſchluß oder Liquideſtellung das Depoſitum an den Kläger oder an beide Theile auszuantworten haben. Wenn daher in einem Erkenntniß, welches den Kläger mit

seiner Forderung auf Zahlung des Kaufpreises abwies, zugleich an diesen die Anweisung gerichtet ward, die Waaren, jetzt statt ihrer das in deposito befindliche Geld zu empfangen, so überschreitet diese Bestimmung an sich die Gränzen der vorliegenden Streitfrage. Da aber die Anweisung überdies etwaiger Befugnisse des Beklagten nicht gedenkt, und möglicherweise so verstanden werden kann, daß durch sie ein ausschließliches Recht des Klägers auf die Gelder habe ausgesprochen werden sollen, auch in der That von diesem so gedeutet wird, so hat der Beklagte sich mit Recht darüber beschwert, daß im Urtheil der obenangeführte Satz hinzugefügt ward.

2. Die zweite (dritte und vierte) Beschwerde betrifft die dem Kläger in Betreff des Sumatra-Caffees zuerkannten Nebenprästationen. Der Kläger verlangt hier dreierlei:

a. Befreiung von der Verpflichtung, den etwa erweislichen Coursverlust für die Summe von 328 fl. 72 Ct. zu vergüten. Seine Verpflichtung gehe in Gemäßheit des Klagantrags auf Zahlung in Hamb. Bco. Wolle er sich nun auch die Verurtheilung in holländisch Courant gefallen lassen, so könne doch von einer Vergütung des Coursverlustes nicht mehr die Rede sein, da dessen Möglichkeit durch die nunmehr ausgeschlossene Umwandlung von holländisch Courant in Hamb. Bco. bedingt sei. Diese Ansicht beruht jedoch auf einer unrichtigen Auffassung des Urtheils. Dasselbe gedenkt des für den Sumatra-Caffee facturirten Kaufwerths offenbar nur als einer Quote der klagbar gemachten 3339 Mrk. 1 ß. Hbg. Bco., und da in Bezug auf diese den Kläger, namentlich bei Auslösung des Wechsels für eigene Rechnung, sehr wohl ein Coursverlust betroffen haben kann, so unterliegt es keinem Zwei-

fel, daß deſſen den Caffee-Werth betreffende Rate vom Beklagten zu erſetzen iſt.

b. Daß hinſichtlich der am Sack Nr. 22. fehlenden 71 Pfd. Caffee nicht bloß deren Werth abgezogen werde, ſondern auch der Betrag der auf dieſen Werth fallenden Auslagen, Speeſen, Proviſion und Zinſen.

c. Daß nicht die geſammten in Anlage A. zur Klage berechneten Auslagen und Speeſen, ſondern nur dasjenige pro rata zur Zahlung ihm auferlegt werde, was entweder alle Waaren gemeinſchaftlich oder den Sumatra-Caffee ſpeciell betreffe. Hiernach ſeien, da Auslagen der letztern Art nicht vorhanden wären, nur folgende Anſätze:

1. Für Empfangnahme, Wägen, Verladen, Connoſſemente	12 fl.	25 Ct.
2. Für Ausfuhrzoll, Syndicat, Pasport	9	16
3. Für kleine Koſten, Porto, Hafengeld	5	98
4. Für Wechſel-Speeſen	3	62
	31 fl.	1 Ct.

von der Beſchaffenheit, daß der Sumatra-Caffee zu ihnen nach Verhältniß beizutragen habe. Die übrigen Auslagen dagegen zum Betrag von 69 fl. 89 Ct., welche ſich ausſchließlich auf Waaren bezögen, zu deren Annahme Beklagter nach dem Urtheil nicht verbunden ſei, könnten ihm nicht angerechnet werden. Die Proviſion endlich ſei auch hier zu berechnen von der Rate der 31 fl. 1 Ct., welche auf den um den Werth von 71 Pfd. verminderten Betrag des Caffees falle.

Die Beſchwerden unter b. und c. anlangend, ſo bedarf es keines weiteren Beweiſes:

1. daß die in Betracht zu ziehenden Auslagen und Speeſen auf den Betrag von 31 fl. 1 Ct. zu reduciren ſind und hiezu der Sumatra-Caffee pro rata beizutragen hat;

2. Daß für den Werth der fehlenden 71 Pfd. Caffee ebenfalls die betreffende Rate der Auslagen und Speesen, die Provision, die Zinsen und der erweisliche Coursverlust zu berechnen sind, da nicht anzunehmen ist, daß diese Vermehrung des Facturabetrags von 71 Pfd. in dem Urtheil mit dem Ausdruck „Facturawerth" hat bezeichnet werden sollen, indem eine solche Bezeichnung jedenfalls von der Ausstellung der Dunkelheit würde betroffen werden. Auch der Coursverlust war für diesen Werth in Anschlag zu bringen, da der Beklagte sich zu diesem Verlust überhaupt nicht verpflichtet hält, und mithin anzunehmen ist, er werde ihn jedenfalls nur so weit tragen wollen, als er dazu für rechtlich verbunden erachtet wird. Eben so sind:

3. die 2 p. Ct. Provision von dem um den Betrag von 71 Pfd. verminderten Werthe des Sumatra-Caffees und der auf solchen fallenden Rate von 31 fl. 1 Ct. zu berechnen. Zwar hat das beschwerende Urtheil, den in dem Urtheil vom 28sten April 1838 und dessen Gründen aufgestellten Principien zuwider, die Provision nur von dem Kaufwerth des Caffees und nicht von den Auslagen und Speesen berechnet, und würde es dabei bewenden müssen, da der Kläger sich hierüber nicht beschwert hat. Da indessen der Beklagte in seiner Rechtfertigungsschrift die den Grundsätzen des Urtheils vom 28sten April 1838 conforme richtige Berechnung ausdrücklich anerkennt, so war diese zu befolgen. Ein Gleiches ist von ihm nicht geschehen:

4. in Ansehung der Verzugszinsen und des Coursverlustes. Nach der richtigen Ansicht, welche auch in dem mehrgedachten Urtheil und dessen Gründen gebilligt ist, muß beides vom Kaufwerth, den Auslagen und Speesen und der Provision berechnet werden. Das vorliegende Ur-

theil gedenkt des einen, wie des andern nur in Betreff des Kaufwerths, und mußten darnach, da Kläger sich hierüber nicht beschwert hat, Auslagen, Speesen und Provision bei Berechnung der Zinsen und des Coursverlustes außer Anschlag bleiben.

Diesem Allen zufolge waren den Worten des Urtheils: „dagegen aber dem Kläger — als richtig zugestanden ist" folgende zu substituiren: „dagegen aber dem Kläger binnen 14 Tagen bei Strafe der Execution zu berichtigen hat":

1) den Facturabetrag für 10 Säcke Sumatra-Caffee, mit 328 fl. 72 Ct. nach Abzug des Werthes von 71 Pfd., welche behaupteter — Nr. 5. p. 29 c. — und zugestandener Maßen — Nr. 37. p. 13 z. E. — an dem Sack Nr. 22. gefehlt haben;

2) von den Speesen und Kosten für sämmtliche Waaren ad 31 fl. 1 Ct. die auf den Werth von Nr. 1. fallende Rate;

3) 2 p. Ct. Provision der unter Nr. 1 und 2.,

4) 5 p. Ct. Verzugszinsen seit dem 7ten Jan. 1837 der unter Nr. 1.,

5) den erweislichen Coursverlust auf den Belauf der unter Nr. 1. verzeichneten Summen.

3. Die dritte (fünfte) Beschwerde betrifft die Vergleichung der Prozeßkosten. Der Beklagte führt aus: Er habe dem Gegner zu verschiedenen Zeiten sechs verschiedene Commissionen ertheilt, jede begründe ein besonderes Contractsverhältniß, aus jeder sei eine besondere Klage entsprungen, sechs Klagen demnach cumulirt. Mit fünf sei der Gegner abgewiesen und mithin $\frac{5}{6}$ der ihm erwachsenen Kosten zu erstatten verbunden, die der sechsten müßten verglichen werden, da Kläger zuviel gefordert habe,

Kosten des Ungehorsams und der Incidentpunkte seien besonders zu beurtheilen; die mehrdeutige Vorschrift des Rostocker Stadtrechts, worauf die Urtheilsgründe sich bezögen, leide auf den Fall einer Klagenhäufung keine Anwendung.

Der Kläger erwidert: Wenn auch fünf, nicht sechs, verschiedene Aufträge vorlägen, so sei doch die angestellte contraria mandati actio nicht auf diese oder deren Annahme, sondern auf deren Ausführung basirt, und von dieser Seite erschienen die Einkäufe als ein Geschäft: sämmtliche Aufträge seien auf einmal vollzogen, eine Factura darüber aufgemacht, ein Connossement ausgestellt, ein Wechsel gezogen. Für die Vergleichung spreche neben den Gründen des Urtheils Folgendes:

1. Dasselbe sei gemischt ausgefallen, der Widerspruch des Beklagten mithin nur theilweise für begründet erkannt.

2. a. Der Prozeß sei durch einen Schiedseid beendet, dessen Zuschiebung nicht sine omni alia probatione statt gefunden habe, weshalb die Bestimmung des Rostocker Stadtrechts zur Anwendung kommen müsse. Das Wort probatio bedeute „Beweismittel," und eine Kostenvergleichung solle eintreten, wenn, wie hier geschehen, der Beweisführer vor der Eideszuschiebung den Versuch gemacht habe, den Beweissatz durch andere Beweismittel zu erbringen. Der Grund dieser Bestimmung liege theils darin, daß der Schwörende leicht irren könne, theils darin, daß der Beweispflichtige durch die versuchte probatio ein besonderes Vertrauen zur Gerechtigkeit seiner Sache zeige. Sollte aber probatio das „Ergebniß der Beweisführung" bedeuten, so stehe durch Urtheil vom 20sten Januar 1844 fest, daß seine Beweismittel kein ungünstiges, sondern nur ein nicht hinlänglich günstiges Resultat geliefert hätten.

b. Der Schiedseid sei ein Glaubenseid gewesen, und es bleibe daher sehr wohl möglich, daß die Waaren zu Rotterdamm dennoch in probemäßiger Güte verladen seien, mithin ihn keinerlei Verschulden treffe.

3. Daß die Verpflichtung zur Kostenerstattung nicht aus dem Gesichtspunkt der Strafe, und eben so wenig dem des Schadenersatzes zu beurtheilen sei, sondern lediglich von dem richterlichen Ermessen abhänge, welches nach der aequitas zu entscheiden habe. Eine Vergleichung müsse demnach überall eintreten, wo aus Gründen, die in der Sache selbst — dem Rechtspunkt oder dem Factum — lägen, dem unterliegenden Theil der Beginn eines Rechtsstreites nicht zugerechnet werden könne [1]). Ein desfallsiges Verschulden treffe aber den Kläger um so weniger, als der Beklagte durch sein gänzlich unkaufmänniſches Benehmen Zweifel gegen die Rechtmäßigkeit seiner Gesinnungen erregt habe — eine Ansicht, welche in einer Darstellung des ganzen Hergangs der Sache weiter ausgeführt wird. —

Bei der Beurtheilung des Kostenpunktes sind zwei Extreme zu vermeiden. Auf der einen Seite ist es unzulässig, die Frage gänzlich den subjectiven Ansichten des Richters zu überlassen. Zwar kann von einer Verpflichtung zum Ersatz nicht die Rede sein, wenn die Führung des Rechtsstreits unverschuldet ist. Ob und wann dies der Fall sei, darf aber in unserm gegenwärtigen Rechtszustande nicht aus einer allgemeinen Anschauung der Verhältnisse, dem seiner Gründe sich unbewußten individuellen Gefühl, beurtheilt werden, sondern entscheidet sich nach objectiven Rechtsgrundsätzen, unter welche die in rechtliche

1) Nov. 80. c. 10. — c. 4 x de poenis. Vis. A. S. 1713 §. 82.

Gewißheit geſetzten Thatſachen zu ſubſumiren ſind. Demzufolge kann die Skizze des Benehmens, deſſen ſich der Beklagte in Bezug auf den ſtreitigen Handel nach der Darſtellung des Klägers ſchuldig gemacht haben ſoll, zwar zu der Ueberzeugung führen, daß, wenn vor und bei Beginn des Rechtsſtreits ein größeres Entgegenkommen, wie es Geſchäftsfreunden geziemte, ſtattgefunden hätte, der langwierige Prozeß vermieden oder abgekürzt werden könnte. Allein nachdem in Folge deſſelben die gegenſeitigen Rechte und Pflichten feſtgeſetzt und durchgeführt ſind, erſcheint es unzuläſſig, den ſogenannten Standpunkt der Billigkeit, d. h. der Willkür, bei Aburtheilung einer rein juriſtiſchen Frage einzunehmen.

Auf der andern Seite iſt es nicht minder unjuriſtiſch, bei der Beurtheilung des Koſtenpunktes eine mathematiſche Schärfe anwenden zu wollen. Zwar läßt es ſich nicht verkennen, daß nach dem Grundſatze „tot esse stipulationes, quot sunt res" [1]) durch die ſechs Einkaufscommiſſionen ſechs verſchiedene Obligationen begründet wurden, und der zufällige Umſtand, daß fünf zu verſchiedenen Zeiten gemacht, und daß ſie ſämmtlich zu gleicher Zeit ausgeführt worden ſind, vermag die an ſich begründete Mehrheit der Obligationen nicht zu modificiren. Es ſind alſo ſechs contrariae mandati actiones cumulirt, und an ſich wird das Schickſal einer jeden ohne Einfluß ſein auf das der übrigen. Wenn aber bei einer ſolchen Cumulation, wie im vorliegenden Fall geſchehen, eine Trennung der Angriffs- und Vertheidigungs-Momente nicht ſtattgefunden hat, wenn in Betreff ſämmtlicher Klagen in dem erſten Verfahren faſt durchgängig das gleiche Syſtem be-

1) l. 25. pr. D. de V. O. (45. 1.)

folgt, in dem zweiten dagegen die für alle Klagpunkte gemeinsam auferlegten und nachgelassenen Beweise theils geführt, theils verfehlt sind, und demgemäß der Kläger mit einem Theil seiner Ansprüche durchdringt, mit einem andern abgewiesen wird, so würde es zu einer entschiedenen Ungerechtigkeit führen, wenn man die Kostenfrage schlechthin nach der Anzahl der gewonnenen oder verlorenen Forderungen bestimmen wollte. Vielmehr ist in dem Fall eines derartigen wechselseitigen Obsiegens der gemeinrechtliche Grundsatz der Kostenvergleichung als Regel hinzustellen, und eine andere Vertheilung nur dann zuzulassen, wenn durch diese Vergleichung dem Grundprincip der Lehre, daß jeder die von ihm widerrechtlich verursachten Kosten zu tragen habe, Abbruch geschähe: ein Fall, der z. B. dann eintreten würde, wenn der Kläger in Betreff mehrerer Ansprüche ein weitläuftiges Beweisverfahren erfolglos versucht hätte, während die Forderungen, mit denen er obsiegte, nur geringen Kostenaufwand verursachten. Ein solcher Fall liegt jedoch hier nicht vor. Was zunächst das erste Verfahren anlangt, so würden, wenn der Sumatra-Caffee allein Gegenstand der Forderung gewesen wäre, die Schriften, abgesehen von der etwas verminderten Bogenzahl einzelner, ungefähr ebenso gelautet haben, wie jetzt, wo sechs Ansprüche verfolgt wurden. Das Gleiche gilt im Durchschnitt von der Beweisinstanz, wobei im Allgemeinen nicht zu übersehen ist, daß der Kläger als Producent die Mehrzahl der hier erwachsenen Kosten ohnehin getragen hat. Die Beweismittel in Betreff des Caffees sind auch hier dieselben, wie in Ansehung der übrigen Colonialwaaren, der Beweis, daß die 71 Pfd. Caffee nicht gefehlt haben, ist vom Kläger aufgegeben, der der gehörigen Verpackung der Waaren ihm vom Beklagten erlassen, und auf den ei-

gentlichen, wie uneigentlichen Gegenbeweis, von denen letzterer drei Beweissätze umfaßte, von diesem verzichtet worden. Sollte aber auch theils im ersten Verfahren, theils im zweiten, und namentlich endlich im Hauptverfahren durch die auf die aberkannten Ansprüche verwendeten Ausführungen ein Kostenmehr entstanden sein, so wird diese Ungleichheit durch die Compensation von Kosten ausgeglichen, welche der Beklagte an sich zu tragen haben würde. Während nämlich über die Kosten des vom Beklagten beantragten Verkaufs der Waaren bereits rechtskräftig entschieden ist, ward die Kostenfrage in Ansehung folgender Punkte theils ausdrücklich, theils stillschweigend zum Erkenntniß in der Hauptsache verstellt.

1. In Betreff der fünf dilatorischen Einreden, von denen die wegen der Caution für die Prozeßkosten überdies einen abgesonderten Schriftenwechsel veranlaßte. Sie sind theils als beseitigt angenommen, theils als unbegründet rechtskräftig verworfen worden, und wäre mithin der Beklagte verbunden, den klägerischen Anträgen gemäß, die dadurch verursachten Kosten zum größten Theile zu erstatten. Eben so ist

2. die Relevanz der Beweisantretung,

3. die den Sachverständigen vorzulegenden Fragen,

4. die Größe der Buchstaben u. s. w. in den Copien der Parteischriften

ohne Grund bestritten, und werden auch diese Kosten den Beklagten treffen.

Die Vergleichung der Kosten wegen wechselseitigen Sieges erscheint daher nach gemeinem Recht gerechtfertigt, und es fragt sich nunmehr, ob und was das Rostocker Stadtrecht a. a. O. hieran geändert habe. Dasselbe bestimmt:

1. die Kostenvergleichung soll nicht stattfinden, wenn der Rechtsstreit durch Eideszuschiebung sine omni alia probatione entschieden ist; wohl aber

2. im entgegengesetzten Fall, also wenn cum alia probatione entschieden ward.

Durch den ersten Satz ist die vor dem Stadtrecht in der Praxis bestehende Streitfrage, ob die Entscheidung eines Rechtsstreites durch Eideszuschiebung stets die Vergleichung der Kosten zur Folge habe, verneint. Es entsteht mithin, da die Forderung wegen des Sumatra-Caffees von der Bestimmung des Stadtrechts überall nicht betroffen wird, indem sie in Folge eines vom Beklagten verweigerten Reinigungseides dem Kläger zuerkannt ward, die Frage, ob die übrigen klagbar gemachten Forderungen unter die erste oder unter die zweite Kategorie fallen. Der Kläger hat versucht, das letzte darzuthun durch die Ausführung, daß in Betreff der durch Eideszuschiebung abgethanen Forderungen eine alia probatio vorliege, man möge der Ansicht sein, daß hierunter die Beweismittel oder deren Resultat zu verstehen sei. Zunächst irrt Kläger darin, daß er glaubt, das Stadtrecht gebe nur die Ansicht von Anton Faber [1]) wieder, welche dahin gehe, Kostenvergleichung trete ein, wenn vor der Eideszuschiebung der Deferent den ihm obliegenden Beweis durch andere Mittel versucht habe. Faber nimmt vielmehr umgekehrt die Vergleichung der Kosten im Fall eines ausgeschwornen Schiedseides als Regel an und läßt eine Verurtheilung des Gegners in dieselben nur dann zu, wenn der Delat oder Relat außer dem abgeleisteten Eide noch andere Gründe für sich hatte. — Sodann liegt eine unrichtige Ansicht

1) Errores pragmatic. decad. 19. cap. 6.

in der Annahme, die alia probatio beziehe ſich auf daſſelbe Beweis-Thema, über welches der Eid ausgeſchworen ward. Dieſe Auffaſſung würde zu einem unjuriſtiſchen Reſultat führen. Sollte nämlich ſchon der Umſtand allein, daß anderweitige Beweismittel vor der Eidesdelation vorgebracht ſind, zur Vergleichung der Koſten führen, ſo würde dieſe dadurch lediglich der ſubjectiven Anſicht des Producenten anheimgegeben, und ein Satz aufgeſtellt ſein, der zu dem größten Mißbrauch Anlaß geben müßte. Wird dagegen das Reſultat der Beweisführung unter probatio verſtanden, ſo ſind nur zwei Fälle möglich: entweder es iſt nichts, oder etwas bewieſen. In jenem Fall iſt eine probatio juriſtiſch nicht vorhanden, in dieſem wenigſtens auf den Reinigungseid zu erkennen: in jenem liegt mithin eine delatio sine alia probatione vor, in dieſem kann von einer delatio überall nicht die Rede ſein. Ein Mittelzuſtand, welchen der Kläger aus den Worten des Erkenntniſſes vom 20ſten Januar 1844 herleiten will, zwiſchen dem Fall, wo nichts, und wo etwas bewieſen ward, wird in dem Rechte nicht anerkannt. Es bleibt daher nichts übrig, als bei einer delatio cum alia probatione an einen Fall zu denken, wo der Beweis mehrere Punkte umfaßt und in Anſehung einiger durch Eideszuſchiebung, in Betreff anderer durch ſonſtige Beweismittel geführt iſt. So aufgefaßt, enthält das Stadtrecht nur eine Beſtätigung der obenberührten gemeinrechtlichen Grundſätze über Koſtencompenſation für den Fall eines gemiſchten Erkenntniſſes. Dieſe Auffaſſung iſt es, welche das Obergericht mit Recht ſeiner Entſcheidung wie in dieſem, ſo in früheren Fällen [1]) zum Grunde gelegt hat.

1) Kreymann wider Evers 8ten October 1839. Berringer wider Laatz 7ten Mai 1842.

Die Koſten dieſer Inſtanz ſind verglichen, weil Beklagter theilweiſe, aber auch nur theilweiſe, Grund zur Beſchwerdeführung hatte.

Anhang.

Die Erklärung des Roſtocker St. R. Thl. 5. Tit. 8. Art. 8. kam in der folgenden, auch in anderen Beziehungen intereſſanten, Rechtsſache gleichfalls zur Sprache.

A. Geſchichtserzählung.

Die Parteien ſind darüber einig, daß die beiden Schweſtern des Beklagten, Wilhelmine und Friederike, an einem von dem Kläger zu erbauenden Schooner-Schiffe unterm 12ten Januar 1841 jede einen Antheil von $\frac{1}{64}$ zu nehmen ſich verpflichtet haben, und daß der Beklagte auf die durch Vermittelung eines Notars an ihn unterm 8ten Auguſt 1842 gerichtete Anfrage des Klägers, ob er die Schuld aus dem $\frac{1}{32}$ Schiffspart im Schiffe Wilhelmine Charlotte, welche ſeine Schweſtern gehebet hätten, für ſich anerkenne, und den Reſt der Schuld heute noch berichtigen wolle, eine Erklärung dahin abgegeben hat:

> er erkenne dieſes Schiffspart als ſein Eigenthum an, fühle ſich aber nicht bewogen, den Schuldreſt zu bezahlen. Uebrigens würde in dieſen Tagen die Sache ſich noch anders geſtalten.

Die unterm 3ten September 1842 angeſtellte Klage führt an, daß das $\frac{1}{32}$ Part von den Schweſtern auf ihren Bruder, den Beklagten, übertragen worden ſei, und daß Letzterer, nach Ausweis der erwähnten Erklärung, daſſelbe als ſein Eigenthum anerkannt habe, daß endlich von

den auf 8000 Thlr. sich belaufenden Baukosten auf jenes $\frac{1}{32}$ Part 250 Thlr. fielen, von denen noch die Summe von 96 Thlr. 42 ß. n. $\frac{2}{3}$ restire. Die Bitte geht dahin:

den Beklagten in die Zahlung der Summe nebst Verzugszinsen zu verurtheilen.

In seiner Erwiederung bemerkt der Beklagte, daß er das fragliche $\frac{1}{32}$ Schiffspart nicht für sein Eigenthum anerkenne; ihm sei von seinen Schwestern dasselbe nicht übertragen worden, und in der gegen den Notar abgegebenen Erklärung liege kein ihn verbindendes Anerkenntniß.

Der Kläger beruft sich in der Replik, um das Eigenthum des Beklagten an dem fraglichen $\frac{1}{32}$ Schiffspart zu beweisen, auf vier später zu erwähnende Thatumstände, deren Relevanz und theilweise deren Wahrheit von dem Beklagten duplicando in Abrede genommen ist.

Unterm 3ten April 1843 ist darauf erkannt:

Würde Kläger den vom Beklagten abgeleugneten Grund der Klage dahin:

daß und wie das Eigenthum von den fraglichen $\frac{2}{64}$ Parten in dem neuerbaueten Schooner-Schiffe „Wilhelmine Charlotte“ auf den Beklagten übergegangen sei, besser als geschehen zu erweisen vermögen; so ergehet — — weiter was Rechtens.

Dieses Beweisinterlocut ist rechtskräftig geworden, der Beweis vom Kläger durch Eidesdelation angetreten, und der Eid in der vom Kläger beantragten und nach weiteren Verhandlungen vom Beklagten gutgeheißenen Fassung, in dem am 2ten September 1842 abgehaltenen Termin vom Beklagten abgeleistet worden, und zwar dahin:

daß seine Schwestern — — die Missive — — nicht für ihn in seinem Auftrage und nur ihren

Namen für ihn hergebend unterschrieben haben, und daß sie auch die — — $\frac{1}{64}$ und $\frac{1}{64}$ Schiffsparte — — nie und zu keiner Zeit auf ihn durch Cession, Kauf, Tausch, Schenkung oder auf irgend eine andere Weise übertragen haben, und daß endlich das Eigenthum an den fraglichen Parten — — niemals auf ihn übergegangen sei.

Durch Bescheid vom $\frac{2}{10}$sten September 1843 ist darauf „der Kläger mit seiner sonach unbegründet erscheinenden Klage ab und zur Ruhe verwiesen, auch schuldig erkannt, dem Beklagten die verursachten Prozeßkosten binnen 14 Tagen bei Strafe der Execution zu erstatten."

Gegen diesen Bescheid, so wie gegen zwei andere gegenwärtig nicht mehr in Betracht kommende Decrete in Nr. 17 und 18. der Acten hat der Kläger das Rechtsmittel der Querel, eventuell das der Restitution eingelegt. Auf den erwähnten Bescheid bezieht sich die 2. und 3. Beschwerde, von welchen die erstere dahin:

daß er schuldig erkannt sei, dem Beklagten die verursachten Prozeßkosten zu erstatten, und daß nicht vielmehr der Gegner zur Erstattung der Prozeßkosten verurtheilt, oder doch auf Compensation der letzteren erkannt worden,

die letztere dahin geht:

daß der Beklagte nicht einmal schuldig erkannt sei, ihm die verursachten Contumatialkosten zu erstatten.

Durch Resolution des O. A. G. vom $\frac{2}{12}$sten November ist der Kläger in Betreff der wider den erwähnten Bescheid vom $\frac{2}{10}$sten September gerichteten 2. und 3. Beschwerde nach §. 5. sub III. 1. und §. 38. sub 4. des Rechts-

mittel-Gesetzes auf die ordnungsmäßige Durchführung der Restitution verwiesen worden.

Der Beklagte hat darauf unterm 5ten December eine Erklärung des Klägers über seinen Willen, das Rechtsmittel der Restitution fortzusetzen, oder aufzugeben, beantragt, unter dem Beifügen, daß er, die 3. Beschwerde anlangend, sich den Abzug der durch die Anrufe herbeigeführten Contumatialkosten von dem ihm zu erstattenden Kostenbetrag gefallen lassen wolle, und ein dem Antrag entsprechendes Mandat vom 9ten December erwirkt.

Der Kläger hat sodann unterm 17ten December erklärt, daß er das Rechtsmittel der Restitution fortsetzen wolle, daß übrigens der Beklagte in die unnöthiger Weise verursachten Kosten dieser Erklärung zu verurtheilen sei. Er hat dabei Einiges zur Rechtfertigung der 2. Beschwerde vorgebracht, und in Betreff der dritten es zur richterlichen Beurtheilung verstellt, ob ihm außer den Kosten der Anrufe noch mehrere Contumacialkosten oder doch wegen der abseitigen Anerkennung seiner 3. Beschwerde ein Theil der Interpositionskosten zuzusprechen seien.

Der Beklagte hat darauf seine Erwiederung eingereicht, in welcher er bemerkt, daß überhaupt die Pflicht, Contumacialkosten zu vergüten, sich von selbst verstehe.

B. Rechtliche Beurtheilung.

Die zweite Beschwerde geht dahin, daß nicht der Beklagte in die Prozeßkosten verurtheilt, oder doch diese nicht wenigstens compensirt worden seien.

Das Rostocker Stadtrecht, welches auch von den Parteien in Bezug genommen ist, Th. 5. Tit. 8. Art. 8. lautet:

> Ist der Prozeß durch einen zugeschobenen und abgeschworenen Eid geendigt, so soll der Richter we-

gen der Prozeßkosten darauf sehen, ob die delatio sine omni alia probatione geschehen, oder nicht, und im letzteren, nicht aber ersteren Falle, die Kosten compensiren.

Es wird also zunächst zu untersuchen sein, welcher dieser beiden Fälle in den Acten vorliegt.

Der Kläger hat nun, um das Eigenthum des Beklagten zu beweisen, in der Replik sich auf vier Thatsachen berufen. Die Prüfung derselben ergiebt aber, daß durch dieselben im Sinn des Beweisinterlocuts durchaus nichts bewiesen ist. Was nämlich

1. die erwähnte Erklärung des Beklagten auf die von dem Kläger an ihn gerichtete Anfrage, ob er die Schuld aus dem fraglichen Schiffspart für sich, also als eine ihn verpflichtende anerkenne, betrifft, so liegt dem Beweisinterlocut die Ansicht unter, und von dieser ist also nunmehr bei der Frage: ob und wie viel Beweis bereits in den Acten lag, auszugehen, daß die unter dem Ausdruck Schiffspart begriffenen Rechte und Verbindlichkeiten von einander untrennbar seien, daß daher die Verpflichtungen nur demjenigen obliegen können, dem diese Rechte zustehen, und mithin, um einen Andern als den ursprünglich Verpflichteten in Anspruch nehmen zu können, ein auf dem Willen desselben beruhender Uebergang dieser Verbindlichkeiten nicht minder wie der Rechte, ein Erwerb justo titulo dieser Rechte und Verbindlichkeiten nachgewiesen werden müsse. Diesen Uebergang von untrennbaren Rechten und Verbindlichkeiten nennt das Interlocut den Eigenthumserwerb an dem Schiffspart.

Geht man von dieser Ansicht des Interlocuts aus, so ergiebt sich, daß die Erklärung des Beklagten in keiner Weise als ein Versprechen, sondern da die Entstehung sei-

ner Verbindlichkeit nach den Grundsätzen des Erwerbes von Rechten zu beurtheilen ist, lediglich als eine Behauptung derselben aufgefaßt werden kann. So sagt denn auch das Interlocut, daß in der Aeußerung des Beklagten nur eine Verrühmung mit Rechten enthalten sei, daß es aber zwar wohl Schuld- und Begangenschafts-Geständnisse, aber keine Erwerbungs-Geständnisse von irgend einer Art gebe.

Der Kläger hat sodann

2. sich berufen auf ein der Replik angelegtes Notariats-Document, welches die auf Requisition des Klägers vor dem Notar geschehene Deposition des Gerichtsdieners Buddenhagen dahin enthält: der Beklagte habe gegen ihn bei Gelegenheit einer Citation geäußert, daß seine Schwestern die Missive des Schiffes „Wilhelmine Charlotte" zwar auf ein Schiffspart unterschrieben, jedoch sei dieses Part das seinige. Er habe es bloß von seinen Schwestern unterschreiben lassen, weil sonst Viele mit Rhederei kommen könnten.

Allein aus den eben bemerkten Gründen kann diese gelegentliche Aeußerung des Beklagten nicht nach den Grundsätzen über das außergerichtliche Geständniß, für welche der Kläger sich auf das Stadtrecht Th. 5. Tit. 5. Art. 2. beruft, für eine Verpflichtung des Beklagten einen Beweis liefern, sondern ist dieselbe lediglich als eine Behauptung des Erwerbes aufzufassen. So ist denn auch in dem Interlocut ausdrücklich ausgesprochen, daß der fraglichen Aeußerung überall keine Beweiskraft beigelegt werden könne.

Da sonach den Aeußerungen des Beklagten, als bloßen Behauptungen, alle Beweiskraft abzusprechen und auch bereits in den Entscheidungsgründen abgesprochen worden

iſt, ſo kann der in dem tenor sententiae gebrauchte Ausdruck, daß „beſſer als geſchehen" der Eigenthumsübergang zu beweiſen ſei, nicht wie es der Kläger will, dafür geltend gemacht werden, daß die Eides-Delation cum alia probatione geſchehen ſei.

Dies letztere folgt alſo auch nicht aus zwei andern vom Kläger angeführten Thatumſtänden. Er beruft ſich nämlich

3. darauf, daß der Beklagte ſich auch wirklich als Eigenthümer des fraglichen Schiffspartes gerirt habe, indem er der von den übrigen Rhedern genehmigten Annahme einer ihm, dem Kläger, offerirten Fracht widerſprochen, eine Behauptung, auf welche der Beklagte ſich nicht erklärt hat, und

4. darauf, daß der Ehemann der einen Schweſter des Beklagten, der Kaufmann Winckelmann, ausgeſprochen habe, daß dem Beklagten das fragliche Schiffspart von ſeinen Schweſtern übertragen worden ſei, eine Behauptung, welche der Beklagte für unwahr erklärt.

Auch aus dieſen Thatumſtänden folgt für den Eigenthumsübergang an dem Schiffsparte nichts, da, ganz abgeſehen davon, daß beide rechtlich nicht feſtſtehen, eines Theils aus dem Widerſpruch des Beklagten weder die Gewißheit noch die Wahrſcheinlichkeit des zu beweiſenden Eigenthumsüberganges folgen, und andern Theils die Aeußerung des Kaufmanns Winkelmann ihrem Inhalte nach zu allgemein und ihrer Form nach ohne Beweiskraft ſein würde.

Es liegt ſonach in den Acten der Fall vor, daß die Eidesdelation sine omni alia probatione geſchehen iſt. Faßt man nun auch den erwähnten Artikel 8. des Stadtrechts, welcher ausſpricht, daß zwar wohl im entgegenge-

ſetzten Falle, nicht aber in dieſem Falle der Richter die Koſten compenſiren ſolle, nicht wörtlich, ſondern in dem Sinne auf, daß er die vor dem Stadtrecht in der Praxis beſtandene Controverſe, ob nicht im Fall der delatio sine omni alia probatione die Koſten ſtets zu compenſiren ſeien, hat entſcheiden wollen, mithin die Meinung die iſt: daß nicht ſchon allein durch den erwähnten Umſtand die Koſtencompenſation gerechtfertigt erſcheine, dieſelbe aber aus anderen Gründen allerdings eintreten könne, ſo liegen doch ſolche Gründe nicht vor.

Der Kläger führt in dieſer Beziehung, und zwar ſogar für die ausſchließliche Pflicht des Beklagten zur Koſtentragung an, daß dieſer ihn durch ſeine außergerichtliche Anerkennung des Eigenthums zur Klage veranlaßt habe.

Wäre nun bei der Beurtheilung des Koſtenpunktes von der Anſicht des Interlocuts, daß der Eigenthümer des Schiffspartes der Verpflichtete ſei, auszugehen, ſo würde allerdings den Beklagten die Schuld treffen, daß er den Kläger zu dem Prozeſſe durch eine wahrheitswidrige Angabe verleitet habe. Denn der Kläger durfte die auf ſeine ernſtliche Anfrage gegebene Antwort mit vollem Recht als eine ernſtliche und in der Wahrheit begründete halten und derſelben vertrauen. Es kann demſelben auch nicht das als eine ſeinerſeits begangene Schuld angerechnet werden, daß er den Prozeß begann, ohne ſich zuvor nach Beweismitteln für den Eigenthumserwerb des Beklagten umzuſehen, denn er durfte von der Vorausſetzung ausgehen, daß er derſelben überall nicht bedürfen, nämlich der Beklagte das Eigenthum nicht ableugnen, oder wenn auch dieſes, doch nicht abſchwören würde.

Allein, da für die Beurtheilung des Koſtenpunktes weder der Entſcheidungsgrund, von welchem das Interlo-

cut ausgeht, noch auch die Entscheidung selbst relevirt, da diese über den Kostenpunkt nur so weit entscheidet, als derselbe nach dem Ausfall der Hauptsache, nicht aber insofern er unabhängig davon, sich bestimmt, so ist die vor dem Notar gegebene Erklärung ohne Rücksicht auf das Interlocut zu beurtheilen, und mithin nach dem Grundsatz, daß die Uebernahme einer fremden Schuld auch ohne Zuziehung des Schuldners statthaft und durch den Uebergang der etwa dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Rechte auf den Intercedenten nicht bedingt ist, lediglich die Frage zu prüfen, ob der Beklagte die fragliche Schuld als eine von ihm zu zahlende übernommen habe. Da nun aber die Erklärung zwar einerseits so verstanden werden kann, daß der Beklagte in den Worten: er erkenne das Schiffspart als sein Eigenthum an, auch die Schuld als ihn verpflichtend anerkennt und mit dem Zusatz: er fühle sich aber nicht bewogen den Schuldrest zu bezahlen, nur bemerkt, daß er Einreden habe, andererseits aber auch so verstanden werden kann, daß der Beklagte mit dem Eigenthum nur auf die ihm zustehenden Rechte deutet, dagegen von der Schuld bemerkt, daß er sich eben nicht bewogen finde sie zu übernehmen und zu tilgen, so ist bei dieser Zweideutigkeit der Erklärung die Uebernahme der Schuld nicht deutlich in derselben enthalten. Danach hat der Kläger es sich selbst zuzuschreiben, wenn er schlechtweg auf diese zweifelhafte Erklärung hin, ohne zuvor eine bestimmte Erklärung zu fordern, den Prozeß wagte, und ist daher seine Behauptung unrichtig, daß er durch Schuld des Beklagten zu dem Prozeß verleitet worden sei, da der Beklagte ihm zwar wohl aus einer wahrheitswidrigen Erklärung verhaftet gewesen sein würde, zu einer bestimmten

Erklärung aber eben so wenig wie überhaupt zu einer Erklärung verpflichtet war.

Nach der vorstehenden Erörterung ist die zweite Beschwerde des Klägers unbegründet.

Die dritte, daß der Beklagte nicht schuldig erkannt worden, dem Kläger die verursachten Contumacialkosten zu erstatten, ist, was die durch die Anrufe entstandenen Kosten anlangt, durch die dieselben namentlich betreffende Erklärung des Beklagten, und was die Kosten der Nr. 3 und 10. der Acten anlangt, welche in Erwägung, daß die in Nr. 4 und 9. ersichtlichen Schriftsätze des Beklagten nach Ablauf der durch die Decrete ad Nr. 2 und ad Nr. 8. anberaumten Fristen eingereicht sind, an sich als gerechtfertigt erscheinen [1]), durch die Erklärung des Beklagten, daß überhaupt die Verbindlichkeit, die Contumacialkosten zu vergüten, sich von selbst verstehe, erledigt.

Es war demnach der angefochtene Bescheid zwar zu bestätigen, jedoch mit der im Urtheil enthaltenen, die Contumacialkosten betreffenden Erläuterung.

Was die Kosten der gegenwärtigen Restitutions-Instanz betrifft, so sind dieselben von dem Kläger zu tragen, resp. zu erstatten, da die zweite Beschwerde sich als unerheblich herausstellt, durch die dritte aber, welche zwar an sich für begründet zu erachten ist, keine besonderen Kosten dem Kläger erwachsen sind. Es ist daher ohne

1) Das Obergericht zu Rostock entschied in Sachen des Directoriums der Brauercompagnie wider Kägebein, puncto contraventionis den 30sten Mai 1842: . . „daß Anrufe, nach abgelaufenen Fristen und vor Insinuation der gegnerischen Peritionen übergeben, nach bestehendem Gerichtsgebrauch, zu den Gegenständen der Kostenerstattung mitzuzählen sind."

Grund, wenn der Kläger meint, daß wegen der abseitigen Anerkennung der dritten Beschwerde ein Theil der Interpositionskosten dem Beklagten zur Last zu legen sei.

Dahingegen hat der Kläger mit Recht bemerkt, daß dem Beklagten die Kosten zur Last fallen müßten, welche dadurch veranlaßt sind, daß derselbe eine Erklärung über die Fortsetzung des eventuell interponirten Rechtsmittels der Restitution beantragt habe.

Es sind das die Kosten dieses Antrages und des darauf erfolgten Mandats und der in Folge dieses Mandats abgegebenen Erklärung. Diese Kosten fallen allerdings dem Beklagten zur Last. Denn da der Kläger mit dem Rechtsmittel der Querel eventuell das der Restitution eingelegt hatte, so lag bereits seine Erklärung, für den Fall, daß ihm das Rechtsmittel der Querel werde abgeschlagen werden, welches in Betreff der zweiten und dritten Beschwerde geschah, so weit die Restitution verfolgen zu wollen, in den Acten deutlich vor. Es bedurfte mithin einer wiederholten Erklärung desselben nicht, und war demnach diese selbst, so wie der Antrag und das Mandat, wodurch sie veranlaßt ward, überflüssig. Wenn der Beklagte bemerkt, sein Antrag sei vom Kläger dadurch provocirt worden, daß die gesetzliche Frist zur Justification der Beschwerden längst verstrichen gewesen sei, so übersieht er, daß die sechswöchentliche Frist, welche dem Kläger, nach §. 27. der Rostocker Verordnung über die Rechtsmittel in Civilsachen, zustand, erst mit der Insinuation des den Kläger auf die Durchführung der Restitution verweisenden Erkenntnisses des Oberappellationsgerichts zu laufen begann.

Was nunmehr die Berechnung der hiernach dem Beklagten zur Last fallenden Kosten anlangt, so nimmt in der unter Nr. 26. enthaltenen Schrift der fragliche Antrag

etwa die Hälfte derſelbe ein; gegen die andere Hälfte, deren Koſten vom Kläger zu erſtatten ſein würden, kann paſſend die in Nr. 27. auf Seite 2 enthaltene Erklärung in Anrechnung gebracht werden; es war daher angemeſſen, von den dem Kläger zur Laſt fallenden Koſten die Koſten des unter Nr. 26. enthaltenen Actenſtückes einſchließlich der des dort befindlichen Mandats auszunehmen.

VII. [1])

1. Das Gericht hat seine Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen. Eine unrichtige Bezeichnung des gewählten Gerichtsstandes ist ohne Nachtheil. Die Grundsätze der libelli mutatio sind hier unanwendbar.

2. Der Kläger hat die Thatsachen, aus denen sich die Gerichtszuständigkeit beurtheilen läßt, anzugeben, nicht sofort zu beweisen. Der Beklagte muß sich hierüber erklären: im Unterlassungsfall trifft ihn insoweit der für die Klagbeantwortung angedrohete Rechtsnachtheil. J.-R.-A. §. 40.

3. Im Gerichtsstand der geführten Verwaltung können directae von und contrariae actiones wider den Geschäftsherrn angestellt werden.

4. Widerlegung der Ansicht Mühlenbruchs (Archiv f. civ. Pr. Th. 19. Nr. 18.) über den Rechtsgrund des forum contractus. Andere Ansichten, und deren Anwendung auf den vorliegenden Fall.

---

1) Aus Acten, welche der Juristen-Facultät zur Fällung des letzten Urtheils in der Beweisinstanz vorlagen.

5. Zur Begründung des forum contractus sind persönliche Anwesenheit oder Vermögensbesitz im Gerichtsbezirk nicht erforderlich. Erklärung von c. 1. §. 3. de foro comp. in 6to. 2, 2.

6. Das forum contractus wird durch einen persönlich befreiten Gerichtsstand nicht ausgeschlossen.

A. Geschichtserzählung.

Der Handelsmann Dietrich R. zu Frankfurt a. M. hatte mit dem Oberfinanzrath H. zu Darmstadt seit längerer Zeit in der Weise in Geschäftsverbindung gestanden, daß R. im Auftrag und für Rechnung des H. Staatspapiere kaufte, auf deren Cours der Letztere speculirte. Im Jahre 1836 entstand zwischen Beiden eine Differenz wegen der von R. in dem Contocourant von 1835 in Betreff eingekaufter spanischer Papiere aufgemachten Zinsberechnung. Dieser Zwist war der Anlaß, daß R. den 10ten Nov. 1836 bei dem Stadtgericht zu Frankfurt wider H. eine Klage einreichte, in welcher er unter Anlage des Contocourants, so wie eines denselben mit Ausnahme der Zinsberechnung anerkennenden Briefs des Beklagten vom 6ten Februar 1836 verlangte, daß dieser angehalten werde, seine in den Händen des Klägers pfandweise befindlichen spanischen Papiere durch Berichtigung der Forderung des Klägers auszulösen; indem er sich für die Zuständigkeit des Stadtgerichts theils auf seine Geschäftsführung, theils darauf berief, daß die Papiere pfandweise bei ihm lägen. Diese Klage ward durch Decret vom 12ten November 1836 dem Beklagten unter der Verwarnung des Zugeständnisses re-

spective der Aechtheitserklärung mitgetheilt. Der Beklagte hielt sich durch die Einrede der mangelnden Gerichtszuständigkeit von der Einlassung befreit, und nachdem noch der Kläger den Gerichtsstand als forum contractus zu vertheidigen versucht, der Beklagte hiegegen als libelli mutatio protestirt hatte, erfolgte unterm 7ten April 1837 ein Urtheil des Stadtgerichts, welches in Erwägung:

1. daß Beklagter nicht verabrede, seit mehreren Jahren mit Kläger in Geschäftsverbindung zu stehen;

2. daß aus dem eigenen, nicht verabredeten Brief des Beklagten vom 4ten Februar 1836 hervorgehe, daß, nach einer getroffenen Uebereinkunft, Kläger für Beklagten in Frankfurt Staatspapiere erkaufte, Geld dazu vorschoß, und daß Beklagter dieselben in den Händen des Klägers ließ;

3. daß es sich somit um ein in Frankfurt zu vollziehendes Geschäft handele, und solches daselbst vollzogen sei; mithin

4. das forum contractus in Frankfurt, woselbst Beklagter seine Verbindlichkeiten zu erfüllen habe, begründet sei; sowie

5. daß nach Angabe des Klägers und Inhalt des gedachten Briefs des Beklagten, sich die diesem zugehörigen Staatspapiere in den Händen des Klägers befänden, welchem daran ein Retentionsrecht zustehe; und endlich

6. es unter diesen Verhältnissen nicht darauf ankomme, welchen Gerichtstand der Beklagte in seinem Wohnort habe;

die Einrede der Incompetenz verwarf, und dem Beklagten, unter Verurtheilung in die Kosten des verzögerten Prozesses, die Litiscontestation anderweit auferlegte. Eine gegen dieses Urtheil eingewandte und ausgeführte Appellation, wurde durch ein von der Juristenfacultät zu Halle

eingeholtes Urtheil vom 18ten Dec. 1837 aus folgenden Gründen gleichfalls verworfen.

B. Rechtliche Beurtheilung.

Behufs der Anfechtung des die Einrede der Incompetenz als unbegründet verwerfenden und dem Beklagten die Einlaſſung auf die Klage auferlegenden Beſcheides vom 7ten April 1837 hat Beklagter und Appellant

I. ſich darauf bezogen, daß Kläger zuerſt in ſeiner Klagſchrift das Stadtgericht zu Frankfurt als forum gestae administrationis, dagegen in der Replikſchrift als forum contractus bezeichnet, und dadurch einer unerlaubten mutatio libelli ſich ſchuldig gemacht habe, in Folge deren jedenfalls die erhobene Klage hätte abgewieſen werden müſſen, wenn man auch zugeben wollte, daß das Stadtgericht als forum contractus für competent erachtet werden dürfe. In der bemerkten Abänderung der klägeriſchen Ausführung wäre indeß, wenn die Competenz des angegangenen Gerichts mit dem Fundament der erhobenen Klage paralleliſirt zu werden vermöchte, immer nur eine, bekanntlich geſtattete, emendatio libelli, nicht eine mutatio libelli zu finden, indem es offenbar dem Falle analog iſt, wo zwar das petitum, ſo wie es geſtellt worden, aus den vom Kläger angeführten Thatſachen ſich rechtfertigt, aber darauf nicht die ſpeziell namhaft gemachte Klage geſtützt werden kann, und in Folge deſſen Kläger ſich zu anderer und richtigerer Bezeichnung derſelben veranlaßt ſieht. Es erſcheint aber überhaupt irrig, das Daſein der Competenz als zum Fundament der Klage gehörig zu betrachten, indem darunter nur diejenigen Thatſachen und geſetzlichen Vorſchriften, auf Grund deren das verfolgte Recht entſtanden und erworben iſt, begriffen ſind, keineswegs aber

diejenigen thatsächlichen und rechtlichen Momente, von welchen die Rechtsbeständigkeit des formell in dem einzelnen Falle gerade beliebten Verfahrens abhängig ist. Außerdem gehört auch die Competenz offenbar zu denjenigen wesentlichen Voraussetzungen eines Rechtsstreits, über deren Dasein oder Mangel, gleichwie bei den Legitimationen, der Richter unabhängig von den Anträgen und Behauptungen der Parteien ex officio zu entscheiden ebenso berechtigt als verpflichtet ist. Es bedarf daher weder nothwendig einer bestimmten Angabe des Klägers, daß und aus welchen Gründen die Competenz des angegangenen Gerichts vorhanden sei, noch auch kann für denselben ein Nachtheil daraus erwachsen, wenn er die wahren Gründe der Competenz verkannt und zu deren Nachweisung, resp. Rechtfertigung sich auf Umstände bezogen hätte, welche dazu nach den Gesetzen als ausreichend nicht anerkannt zu werden vermögen. Es hat vielmehr in der ersteren Beziehung der Kläger nur dann, wenn der Beklagte eine desfallsige Einrede opponirt oder das Gericht wegen angeblicher Incompetenz zur Rückweisung der Klage sich veranlaßt sieht, die Gründe der Competenz näher auszuführen, und ebenso muß in der andern Beziehung, sobald aus den in der Klagschrift angegebenen Thatsachen nur überhaupt, wenn schon nicht in der vom Kläger versuchten Weise, die Competenz des angegangenen Gerichts gesetzlich gerechtfertigt erscheint, die Einleitung des Rechtsstreits unbedingt für zulässig erachtet, und jedes desfallsige auf jene irrthümliche Begründung der Competenz gestützte Widerspruchsrecht um so mehr dem Beklagten abgesprochen werden, als überall, wo nur ein Rechtspunkt in Frage steht, die Gesetze dem Richter ausdrücklich [1]) ein Ergänzungsrecht ertheilen. End-

1) l. un. C. ut quae desunt (2. 11.)

lich iſt noch zu erwägen, daß das forum contractus und das forum administrationis keineswegs einander völlig entgegengeſetzt, ſondern nur zwei Unterarten derſelben Hauptgattung des Gerichtsſtandes, nämlich des fori obligationum, im Gegenſatz des fori rei sitae ſind, wie dies übereinſtimmend von älteren und neueren Juriſten [1]) anerkannt wird, unter welchen Umſtänden es der Partei um ſo weniger zum Präjudiz gereichen kann, wenn ſie das als forum contractus competente Gericht als forum gestae administrationis oder umgekehrt bezeichnet hat, ſobald nur aus den der Klage zu Grunde liegenden Thatſachen eine ſolche obligatoriſche Verbindlichkeit entſpringt, über welche gerade vor dieſem Gerichte rechtliche Verhandlungen eingeleitet werden dürfen. Solchergeſtalt würde, ſelbſt vorausgeſetzt, daß im vorliegenden Falle gar nicht aus einer geführten Verwaltung fremder Geſchäfte geklagt wäre oder werden könnte, ſondern jedenfalls nur ein eigentliches forum contractus begründet wäre, der dem Kläger zum Vorwurf gemachte Wechſel in der Bezeichnung der hier angeblich vorhandenen Competenz überall nicht urgirt, und in keiner Weiſe darauf das Geſuch um zeitige Abweiſung der erhobenen Klage geſtützt werden können.

Soviel nun aber

---

1) Azo summa codicis de jurisdict. Nr. 25.
Cujacius in Afric. ad l. 3. D. de legat.
Donellus comment. jur. civ. XVII, 14.
Martin Lehrb. des deutſch. gem. bürgerl. Proz. 11te Ausg. §. 52 — 54.
v. Grolmann Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerl. Rechtsſtreit. 5te Aufl. §. 39 und 40.
Linde Lehrb. des deutſch. gem. Civilprozeſſes. 3te Ausg. §. 91.
Bayer Vortr. üb. den gem. ordent. Civilproz. 5te Aufl. S. 71.

II. die Frage anbelangt, ob wirklich das Stadtgericht zu Frankfurt in vorliegender Rechtssache für competent zu erachten sei, so hat Beklagter und Appellant in seiner gegenwärtigen Beschwerdeschrift

A. behaupten wollen, daß, da er die bei der Klageschrift befindlichen Beilagen, d. h. die vom Kläger angelegte Rechnung, nebst dem angeblich von ihm, dem Beklagten, herrührenden Briefe, noch nicht anerkannt habe, und auf dieselben ebensowenig als auf die Klage selbst sich einzulassen verbunden gewesen sei, somit alle darin angeführten Thatsachen weder erwiesen wären, noch in contumaciam für zugestanden erachtet werden könnten, unter solchen Umständen die Competenz des Stadtgerichts aus den angegebenen Thatsachen, wenn gleich diese im Allgemeinen zu deren Begründung geeignet wären, überall nicht deducirt und gerechtfertigt zu werden vermöge, wie dies in der sententia a qua gleichwohl mehrfach geschehen sei. In der That ist es nun auch unzweifelhaft, daß nach Vorschrift des J.-R. A. [1]) im Falle einer exceptio fori declinatoria die Einlassung auf die Klage unterbleiben darf, ohne daß die gesetzlich mit der Verweigerung und Unterlassung der litis contestatio verbundenen Präjudicien und Rechtsnachtheile eintreten, im vorliegenden Falle also das Zugeständniß sämmtlicher, in der Klage und ihren Anlagen enthaltenen Thatsachen und die unbedingte Recognition des derselben beigelegten Schreibens des Beklagten angenommen werden dürfe. Nicht minder erscheint die Behauptung des Klägers und Appellaten, daß jene gesetzliche Bestimmung nur die eigentliche Klageinlassung betreffe, und daher zwar deren Unterlassung dem Beklag-

1) §§. 37. 40.

ten unpräjudicirlich sei, hinsichtlich des beigefügten Beweisdocuments aber das in dem Communications-Decrete vom 12ten December 1836 gestellte Präjudiz der Aechterkennung in Kraft getreten sei, und durch das jetzige Ableugnen der Aechtheit jener Anlage nicht mehr beseitigt werden könne, um deswillen verwerflich, weil in dem J.-R. A. [1]) nicht der eigentlichen Klagbeantwortung allein, sondern auch des Verfahrens über die probatoria, falls diese nur mit der Klage insinuirt wären, Erwähnung geschieht, und solchergestalt auch die für die exceptiones fori declinatoriae gleich nachher anerkannte Ausnahme auf die Litiscontestation und auf die Recognition der Probatorialien in gleicher Weise bezogen werden muß, zumal auch die ebendaselbst [2]) enthaltene Bestimmung, daß bei einer solchen Einrede der Beklagte „sich in der Hauptsach einzulassen nicht verbunden sei," nur den Gegensatz von der „Erörterung des puncti fori incompetentiae" bildet, also Alles und Jedes umfaßt, was hiermit nicht in unmittelbarem Zusammenhange steht.

Wie indessen bei der Beurtheilung der Frage, ob eine erhobene Klage für zulässig zu erachten, oder als des Klagfundaments entbehrend zurückzuweisen sei, nur darauf es ankommt, ob, die Richtigkeit der in derselben angeführten Thatsachen vorausgesetzt, der klägerischer Seits geltend gemachte Anspruch nach den Gesetzen daraus hergeleitet werden könne, keineswegs aber erfordert wird, daß der Kläger sofort und von vorne herein die nach Lage der Sache entscheidenden Thatsachen in Gewißheit stelle, so kann auch offenbar bei der Entscheidung über das Dasein oder Nichtdasein der Competenz, und zwar nicht bloß in den Fällen,

1) §. 37. 2) §. 40.

wo dieſe nicht, wie bei dem forum domicilii oder forum privilegiatum personarum, in einem beſtimmten dauernden Verhältniſſe des Beklagten ihren Grund hat, ſondern auch da, wo dieſelbe, wie beim forum obligationum oder connexitatis, durch beſondere, in dem einzelnen concreten Rechtsſtreite eintretende Umſtände begründet wird, eine ſofort bei Einbringung der Klage bewirkte Beſcheinigung der über die Competenz entſcheidenden Thatſachen nicht gefordert werden; vielmehr wird, wenn vom Beklagten dieſelben nicht in Abrede genommen werden, und zugleich, deren Wahrheit vorausgeſetzt, zur Begründung der Competenz an ſich geeignet ſind, die behauptete Gerichtszuſtändigkeit um ſo mehr angenommen werden dürfen, als bei der faſt unbeſchränkten Zuläſſigkeit einer prorogatio fori jede Nichtanfechtung der zur Begründung der geſetzlichen Competenz angeführten Thatſachen für eine freiwillige Unterwerfung unter die Jurisdiction des angegangenen Gerichts zu erachten iſt. Einestheils genügt es daher, wenn Kläger nur die das forum speciale ſeiner Anſicht nach begründenden Thatſachen anführt, andererſeits iſt es unzweifelhaft, daß wenigſtens hierüber der Beklagte ſich erklären muß, wie denn auch der J.-R. A. [1]) ausdrücklich vorſchreibt, daß, wenn gleich in Folge einer exceptio declinatoria die Einlaſſung auf die Hauptſache ohne irgend einen Rechtsnachtheil unterbleiben dürfe, doch eine Erörterung der exceptio ſelbſt, da über dieſelbe zuvörderſt erkannt werden ſoll, unumgänglich ſei. Wenn nun gleich dem Beklagten der Beweis der Incompetenz, als einer bloßen Negation nicht zugemuthet werden darf, ſo muß er doch wenigſtens auf diejenigen Thatſachen, welche vom Kläger implicite oder

1) §. 40.

ausdrücklich zur Rechtfertigung der von ihm angenommenen Competenz angeführt und nach den Gesetzen dazu erforderlich sind, sich ausdrücklich und vollständig, wenn gleich nur negative, einlassen. Obwohl daher Beklagter im vorliegenden Falle auf die Klage und deren Anlagen, soweit die klägerische Geschichtserzählung und die dafür beigebrachten Probatorialien den Hauptanspruch selbst betrafen, der vorgeschützten foridéclinatorischen Einrede wegen nicht verbunden war, sich einzulassen, so mußte er doch über die in der Klagschrift und deren Beilagen erwähnten Thatsachen, insofern sie ausdrücklich oder doch zugleich zur Begründung der Competenz dienen sollten, sich auf Grund der ihm zugegangenen Weisung erklären, und insoweit er dieses nicht gethan, ist allerdings in Folge des gestellten Präjudices jede solche Thatsache zwar nicht, was die daraus hergeleiteten Hauptansprüche, wohl aber, was die darauf gegründete Verpflichtung des Beklagten zur Unterwerfung unter die stadtgerichtliche Jurisdiction anbetrifft, für zugestanden anzusehen, und daher auch die Competenz des Stadtgerichts, sofern sie nur gesetzlich aus jenen Thatsachen gerechtfertigt zu werden vermag, als hinreichend dargethan zu erachten.

Erwägt man nun mit Rücksicht hierauf zunächst:

B. die Frage, ob ein forum gestae administrationis, als worauf sich anfangs Kläger gestützt hat, in vorliegendem Falle eintrete, so hat zwar Kläger nicht behauptet, daß ihm von dem Beklagten die Verwaltung des ganzen Vermögens oder eines bestimmten Theils desselben, wie bei einer Tutel- oder Güter-Administration, übertragen sei. Allein die Klage enthält die ausdrückliche Behauptung, daß Kläger auf Ersuchen und im Auftrage des Beklagten überhaupt dessen Geschäfte in Frankfurt besorgt, und in Folge

deſſen einzelne beſtimmte Ankäufe abgeſchloſſen habe; auch ſtimmt damit der der Klage beigelegte Contocourant überein. Es handelt ſich daher hier nicht ſowohl um die Ausführung einzelner Aufträge, als vielmehr um eine bleibende Geſchäftsverbindung, bei welcher Kläger als Commiſſionair des Beklagten für die in Frankfurt abzumachenden Geld- und anderweitigen Geſchäfte des Beklagten fungirte, welche Art von Verbindung unter den Begriff einer gesta administratio um ſo unbedenklicher zu ſtellen ſein dürfte, als die Geſetze [1]) ausdrücklich auch für die Geſchäftsführung der argentarii das forum speciale als begründet anerkennen, und deren Geſchäfte gerade von der Art waren, als die von dem Kläger hier übernommenen [2]). Es hat aber Beklagter jene Geſchäftsverbindung, welche der geſetzlich genügende Grund der behaupteten Competenz des Stadtgerichts wäre, weil der Ort, wo das Geſchäft des argentarius betrieben wird, ausdrücklich als der der anzuſtellenden Klage in den Geſetzen bezeichnet iſt, nicht verabredet, und da auch der Einwand, daß es ſich hier nicht um eine gegen den Adminiſtrator, ſondern um eine von demſelben erhobene Klage handle, das forum gestae administrationis aber nur für jenen Fall geſetzlich anerkannt ſei, dadurch ſich erledigt, daß nach der übereinſtimmenden Anſicht der Rechtslehrer [3]) ſowohl in foro contractus in sp., als in foro gestae administrationis die contrariae actiones gleich den directis angebracht werden dürfen, und ein Unterſchied zwiſchen dem Falle, wo erſtere ſelbſtſtändig, oder wo ſie

1) l. 19. §. 1. D. de judiciis (5. 1.)

2) Kraut comm. de argentariis et nummulariis c. 2. p. 23 sqq.

3) Danz ordentl. Prozeß. 5te Aufl. §. 30.
Linde a. a. O. §. 91 und 92. und die daſelbſt allegirten Schriftſteller.

nur auf Veranlaſſung letzterer oder in Verbindung mit dieſen angeſtellt würden, nicht anzunehmen iſt, ſo würde ſchon aus dieſem Grunde die Verbindlichkeit des Beklagten, vor dem Stadtgerichte zu Frankfurt auf die Klage ſich einzulaſſen, nicht zu bezweifeln und die demgemäß ergangene sententia a qua zu rechtfertigen ſein. Wollte man jedoch

C. darauf Gewicht legen, daß Kläger auf Erfüllung der Verbindlichkeiten, welche aus einzelnen beſtimmten von ihm übernommenen und ausgeführten Geſchäften für den Beklagten entſtanden ſeien, nicht aber überhaupt auf Anerkennung und Berichtigung des gelegten Conto-Courant ſein Klagpetitum geſtellt, und ſomit das Stadtgericht zu Frankfurt eigentlich nur als forum contractus angegangen, auch hinterher, daß dies ſeine Abſicht und Anſicht ſei, ausdrücklich und nach der obigen Ausführung sub I. vollkommen zuläſſiger Weiſe erklärt hat, ſo würde doch die erhobene exceptio fori incompetentis als unerheblich und unzuläſſig, wie in der sententia a qua geſchehen, verworfen werden müſſen.

Allerdings hat

1. neuerdings einer der bewährteſten Rechtslehrer [1]) die Anſicht aufgeſtellt und näher zu begründen verſucht, daß das ſ. g. forum speciale contractus keineswegs jederzeit bei Verfolgung obligatoriſcher Anſprüche eintrete, und daß das bloße obligatoriſche Handeln an einem beſtimmten Orte auch nicht zur Begründung eines ſolchen beſondern Gerichtsſtandes ausreiche, ſondern daß eigentlich hier das forum domicilii competent ſei, weil am Wohn-

1) Mühlenbruch, über das forum contr. im Archiv für civ. Prax. Thl. 19. Nr. VIII.

orte der Mittelpunkt des gesammten bürgerlichen und Geschäftslebens eines Menschen, und daselbst der Sitz seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit angenommen werden müsse, und daß nur dann der besondere contractliche Gerichtsstand eintrete, wenn entweder Jemand, ohne sein persönliches Domicil zu ändern, einen Theil seines gewerblichen oder Geschäftslebens an einen dritten Ort verlegt, wie etwa durch Uebernahme einer fremden Vermögensverwaltung, oder durch den Besuch von Messen und Jahrmärkten, oder durch Anlegung einer Geschäfts-Commandite an einem dritten Orte, oder wenn er an seinem frühern Wohnorte contractliche Verbindlichkeiten übernommen, nachher aber seinen Wohnort zu verändern sich veranlaßt gesehen hat. Hiernach würde denn freilich der Beklagte in vorliegendem Falle zur Einlassung auf eine außerhalb seines Wohnortes angebrachte Klage nicht für verbunden erachtet werden können, weil keine der bemerkten Voraussetzungen in dessen Person zutrifft, und derselbe, wie ausgedehnt und fortdauernd auch die kaufmännischen Geschäfte und Fonds-Speculationen gewesen sein mögen, in welche er sich unter Vermittelung und Beihülfe des Klägers eingelassen zu haben scheint, immer doch nur insgeheim und unter fremdem Namen dieselben allem Anscheine nach betrieben hat, und schon seiner anderweitigen amtlichen Verhältnisse wegen um so weniger von ihm gesagt werden kann, daß er sein gewerbliches oder Geschäftsleben theilweise nach Frankfurt verlegt, und in dieser Beziehung sich dort gleichsam domicilirt habe.

Allein mit jener von Mühlenbruch aufgestellten Ansicht stimmt, wie dieser selbst zugesteht, die gemeine in der Theorie und Praxis, wie in der neueren Particular-Gesetzgebung übereinstimmend anerkannte Meinung keineswegs

überein; vielmehr gilt es nach dieſer als Regel, daß, wenn auch unter electiver Concurrenz des fori domicilii und ſo, daß in beſtimmten Fällen wegen beſonderer Umſtände ſpezielle Ausnahmen eintreten, im Allgemeinen und der Regel nach Jeder da, wo er contrahirt habe, aus dem Contracte in Anſpruch genommen werden könne [1]), und erſcheint auch, bei näherer Erwägung der einſchlagenden Geſetze, dieſe letztere, allgemein recipirte Meinung mehr, als jene neuerdings geltend gemachte Anſicht, gerechtfertigt. Denn zunächſt dürfte auf eine Coderſtelle [2]), wonach in dem gegenwärtigen Wohnorte des Beklagten oder in deſſen früherem, zur Zeit des Contracts noch begründetem das competente Forum ſein ſoll, wenig Gewicht zu legen ſein, da theils der zu dieſem Reſcripte Anlaß gebende Fall nicht bekannt iſt, theils aber jedenfalls der frühere Wohnort nicht um deswillen allein für über die Competenz entſcheidend gelten kann, weil es eben der Wohnort war, ſondern nur aus dem Grunde, weil dort der Vertrag war geſchloſſen worden, oder doch, ſo lange nicht ein anderer Ort des Abſchluſſes feſtſteht, als am Sitze aller Lebens- und Rechtsverhältniſſe des Schuldners, d. h. an ſeinem Wohnorte zu Stande gekommen erachtet werden mußte, und ſomit doch der Abſchluß des Vertrags als das eigentlich beſtimmende Moment hervortritt. Sodann ſtellt eine Digeſtenſtelle [3]) offenbar in den Anfangsworten ſehr beſtimmt die Regel, daß, wie bei den Verbindlichkeiten aus einer dauernden

1) Glaproth, Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proz. §. 37.
Danz a. a. O. §. 31.
Martin a. a. O. §. 52.
Linde a. a. O. §. 91.

2) l. 2. C. de juris. omn. jud. (2. 1.)

3) l. 19. §. 1 et 2. D. de judiciis (5. 1.)

Adminiſtration der Ort der Geſchäftsführung ſchlechthin die Competenz des Gerichts beſtimme, ebenſo auch (proinde et) bei einzelnen vorübergehenden Geſchäften, wie Kauf und Verkauf, an dem Orte des Abſchluſſes (certo loci) die Klage angenommen werden müſſe, wenn nicht ein Uebereinkommen vorliege, daß an einem andern Orte die etwanige Klage ventilirt werden, und der Schuldner zu Recht ſtehen ſolle (nisi alio loci ut defenderet convenit). Alles Folgende aber bezieht ſich nur auf die Frage, ob ein ausdrückliches Abkommen über ſolchen anderweitigen Klageort nöthig ſei, oder auch wohl aus den äußern Umſtänden der Contractsabſchließung, oder aus dem ſonſtigen Inhalte des Vertrages gefolgert werden könne, wo denn der Juriſt ſich ſtillſchweigend für das letztere erklärt, und dies damit zu belegen ſucht, daß theils von einem Durchreiſenden, im Gegenſatze deſſen, welcher außerhalb ſeines Wohnſitzes am Orte der Vertrags-Abſchließung eine Waaren-Niederlage oder ſonſtiges Geſchäft hat, möge er dies ſelbſt oder durch einen Factor verwalten laſſen, anzunehmen ſei, er habe nur an ſeinem Wohnorte zu Recht ſtehen wollen, und dies als ſich von ſelbſt verſtehende Abrede über den Ort der Klage angeſehen werden müſſe, theils aber die Abrede über einen beſtimmten Zahlungsort immer auch dahin zu verſtehen ſei, als ſolle außer dem Wohnorte nur dort, nicht am Orte des Abſchluſſes, eine Verpflichtung zur Einlaſſung auf die Klage begründet ſein. Wenn aber ferner in einer andern Stelle [1]) zunächſt allerdings nur von der bonorum venditio die Rede iſt, ſo wird doch dieſe

1) l. 1—3. D. de rebus auct. jud. poss. (42. 5.) Venire ibi bona oportet, ubi quisque defendi debet, i. e. ubi domicilium habet, aut ubi quisque contraxit.

der Gerichtszuſtändigkeit völlig paralleliſirt, ſo daß, wo letztere begründet iſt, jene ſtattfinden kann, umgekehrt aber, wo die venditio rechtmäßiger Weiſe beantragt und bewilligt iſt, die Competenz als vorhanden angenommen werden muß, und kann daher dieſe Stelle nicht bloß von den Wirkungen, wie Mühlenbruch vermeint, ſondern auch von den Gründen der Gerichtszuſtändigkeit verſtanden und als Beweis für den hier in Frage ſtehenden Punkt unbedenklich benutzt werden. Auch erſcheint bei näherer Prüfung die Deutung verwerflich, welche Mühlenbruch den Worten ubi quisque contraxit dahin geben will, daß nicht ſchlechthin in loco contractus, ſondern nur dann, wenn den gerade obwaltenden Umſtänden nach dort ein Gerichtsſtand begründet iſt, die bonorum venditio ſtattfinden könne. Denn einestheils deutet ſchon der Ausdruck quisque, wenn auch nicht der Gebrauch des Indicativs, darauf hin, daß mit jenen Worten der Juriſt eine allgemeine Regel aufſtellen will, und nicht einen beſondern concreten Fall ſubintelligirt, und dies um ſo mehr, als die Worte ubi domicilium habet ein aus einem andern Schriftſteller entnommenes Einſchiebſel ſind, und jene Worte urſprünglich unmittelbar an die Worte ubi quisque defendi debet, und zwar mit dem Copulativ id est, alſo als Erklärung derſelben ſich anſchloſſen. Anderntheils würde jene Interpretation nur dann ſich billigen laſſen, wenn die venditio bonorum, abgeſehen von dem forum commune domicilii auch noch von andern Gerichten, als denen des Contractortes, die nur der Juriſt zu erwähnen nicht für nöthig erachtete, hätte ſtattfinden können. Dies iſt aber nicht der Fall, indem alle fora privilegiata causarum, wie personarum, erſt dem ſpätern Rechte angehören, von dem ſo-

rum reconventionis ungeachtet zweier Stellen [1]), welche nur von den aus zweiſeitigen Verträgen entſpringenden actiones contrariae im Verhältniß zu den directis zu verſtehen ſind, das Gleiche behauptet werden muß, und was endlich das forum rei sitae betrifft, abgeſehen davon, daß es [2]) gleichfalls erſt ſpäteren Urſprungs iſt, dies vor Allem in Betracht kommt, daß es bei dinglichen Anſprüchen zu einer eigentlichen venditio bonorum nicht kommen konnte, weil alle dinglich Berechtigten und nach dem ältern Rechte ſelbſt die Pfandgläubiger auf den Concurs ſich nicht einzulaſſen brauchten, ſondern unmittelbar an die Sache ſich hielten, an welcher ihnen ein dingliches Recht zuſtand, außerdem aber auch das fraudulose Latitiren des Beklagten, welches gleichfalls [3]) eine bonorum venditio zur Folge hatte, den dinglich Berechtigten nicht ſchadete, da ſie gegen jeden, bei welchem ſie die Sache vorfanden, ohne daß es auf deſſen Beſitz- und Rechtstitel ankam, ihre Klage verfolgen durften, während obligatoriſche Anſprüche nur gegen den eigentlichen Schuldner geltend gemacht werden können, und daher hier für den Fall des Latitirens ein Auskunftsmittel gegeben werden mußte.

Solchergeſtalt können die Gründe, welche Mühlenbruch aus dem Inhalte der Geſetze, theils gegen die gemeine Meinung, theils für ſeine Anſicht, daß außer dem Contractsabſchluſſe noch eine beſtimmte dauernde Beziehung des Contrahenten zu dem Abſchlußorte erforderlich ſei, geltend zu machen verſucht hat, für genügend nicht er-

1) l. 22. D. de judic. (5. 1.) l. 11. §. 1. D. de jurisd. (2. 1.)

2) Fragm. Vat. §. 326. vgl. mit l. 3. C. ubi in rem actio (3. 19.)

3) l. 7. §. 1. D. quib. ex causis (42. 4.)

achtet werden. Außerdem ſpricht für die gemeine Meinung noch dies, daß der Grund, welcher zur Rechtfertigung des fori administrationis angeführt wird [1]), daß nämlich am Orte der Verwaltung am leichteſten durch Zeugniſſe und andere Beweismittel das Sachverhältniß ins Klare geſtellt werden könne, auf die Abſchließung einzelner Verträge gleichmäßig Anwendung finden kann [2]). Endlich aber ſind als directe Widerlegung jener neuen Anſicht, und als unzweifelhafter Beleg für die Regel, daß das Abſchließen eines Contracts und die Uebernahme einer obligatoriſchen Verbindlichkeit für ſich allein ſchon am Orte des Abſchluſſes ein forum speciale begründen, die zahlreichen Geſetze zu betrachten, nach welchen einestheils die aus den Provinzen nach Rom reiſenden Legaten, obwohl ſie in Folge des ſ. g. jus domum revocandi in Betreff aller ſonſtigen Klagen von der Pflicht, ſich in Rom als dem forum commune aller römiſchen Bürger auf einen Rechtsſtreit einzulaſſen befreit waren, gleichwohl hinſichtlich aller während ihrer Legation oder in Rom ſelbſt contrahirten Schuldverbindlichkeiten in Anſpruch genommen werden können, und an dem Orte, wo ſie ſich verpflichtet haben, ihren Gerichtsſtand haben ſollen [3]), anderntheils die Senatoren, welche in den Provinzen fremde Geſchäfte freiwillig übernommen haben, mit der actio negotiorum gestorum daſelbſt in Anſpruch genommen werden dürfen [4]), indem offenbar weder in dem einen, noch dem andern Falle zu behaupten ſteht, daß hier eine ſolche theilweiſe

1) l. 2. C. ubi de ratiociniis (3. 21.)

2) Martin a. a. O. §. 52.

3) l. 24. pr. l. 25. l. 39. §. 1. D. de judic. (5. 1.) l. 5. §. 1. D. de pec. const. (13. 4.)

4) l. 36. §. 1. D. de judic.

Verlegung des gewerblichen und Geſchäftslebens oder überhaupt der Vermögensverhältniſſe, wie ſie Mühlenbruch zur Begründung des fori contractus außerdem noch fordert, Platz greife, und ſomit nur das factum der Geſchäfts-Abſchließung außerhalb des Wohnorts als entſcheidend über die Gerichtszuſtändigkeit übrig bleibt.

Geht man nun, wie es hiernach unzweifelhaft geſchehen muß, von der gemeinen Anſicht aus, daß an dem locus contractus ohne Rückſicht auf den Wohnort der ſtreitenden Theile der Regel nach ein forum speciale begründet ſei, ſo kann darauf, daß der Beklagte, wie oben bemerkt, keine Art von kaufmänniſchem oder ſonſtigem Geſchäfte in Frankfurt gehabt, ſondern nur durch den Kläger einzelne Negotiationen hat beſorgen laſſen, überall nichts ankommen, und da andererſeits das forum contractus anerkannter Weiſe für actiones contrariae ebenſo, wie für actiones directae, ganz wie das forum administrationis eintritt, und die Behauptung des Beklagten, es handle ſich nicht hier um Erfüllung, ſondern um Aufhebung eines beſtehenden Rechtsverhältniſſes, völlig unbegründet iſt, indem Kläger nur Erſatz des dem Beklagten darlehnsweiſe vorgeſchoſſenen Geldes mit der actio mutui, und der in deſſen Geſchäften gehabten Auslagen mit der actio mandati contraria fordert, ſo entſteht zunächſt nur

2. die Frage, ob in vorliegendem Falle Frankfurt als locus contractus zu betrachten ſei, was Beklagter und Appellant in Abrede geſtellt hat.

In dieſer Beziehung iſt nun zwar eine Differenz der Anſicht in ſofern vorhanden, als einzelne Schriftſteller [1])

1) Hollweg Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Civil-Proz. Nr. I. S. 20 ff.

den Grund, weshalb der Ort des abgeſchloſſenen Vertrags die Competenz beſtimme, in eine ſtillſchweigende Prorogation der contrahirenden Theile ſetzen wollen, Andere [1]) davon ausgehen, daß, ſofern kein anderer Ort der Erfüllung verabredet worden, dieſe am Orte des Abſchluſſes, in Folge ſtillſchweigender Uebereinkunft, erfolgen müſſe; wieder Andere die Competenz des Gerichts im locus contractus lediglich als Folge des Grundſatzes locus regit actum zu betrachten und ein durch poſitive Rechtsvorſchrift begründetes geſetzliches forum speciale anzunehmen vorziehn. Indeß wenn gleich dieſe Verſchiedenheit der Anſicht ſich einflußreich für die Frage erweiſet, in welchen Fällen ausnamsweiſe das forum in loco contractus nicht begründet ſei, indem nach der letztern Meinung ſolche Ausnahmen nur auf den Grund geſetzlicher Beſtimmung möglich ſind, nach den andern Anſichten aber überhaupt eintreten ſollen, wo aus ausdrücklichen Abreden oder dem ganzen Sachverhältniß ſich ergibt, daß die Parteien auf ein anderes Gericht prorogirt haben, oder bei dem forum domicilii geblieben ſind, oder aber einen andern Erfüllungsort in Ausſicht ſtellten; ſo kommen doch alle verſchiedenen Anſichten darin überein, daß in dubio immer der Ort, wo der Contract perfect geworden und zum völligen Abſchluß gekommen iſt, als locus contractus anzuſehen ſei, und über das forum contractus entſcheide. Dies iſt aber im vorliegenden Falle entſchieden die freie Stadt Frankfurt. Denn ſofern es ſich hier um ein Mandat handelte, in Folge deſſen der Kläger für den Beklagten gewiſſe Staatspapiere ankaufen ſollte, iſt es die Acceptation des Auftrags, welche das Rechtsverhältniß perficirt; und da

1) Linde im Archiv für civ. Praxis Thl. 8. S. 65 ff.

es zu dieſem Behufe einer beſondern ausdrücklichen Erklärung überall nicht bedarf, ſondern die in Folge des Auftrags eingetretene Ausführung des Geſchäfts als eine durch die That bekundete Acceptation des Mandats zu betrachten iſt, auch gerade hier eine ſchriftliche oder mündliche Rückäußerung an den Auftragertheiler um ſo weniger nöthig war, als der Kläger alle derartigen Geſchäfte für den Beklagten als ſein bleibender Commiſſionair bisher beſorgt hatte, und beſondere Abrede über die Art der Auftragsausführung, wie über die dafür zu gewährende Entſchädigung weder nach des Klägers, noch des Beklagten Behauptung getroffen worden iſt, ſo unterliegt es keinem Zweifel, daß durch den wirklich, und zwar in Frankfurt erfolgten Ankauf der fraglichen Papiere das Mandat perfect geworden, und dem Kläger das durch die contraria actio geſicherte Recht auf Entſchädigung für Mühwaltung und Vermögensaufwendungen, welches jetzt geltend gemacht wird, erworben war. Inſofern aber das zwiſchen den ſtreitenden Theilen ſtattgefundene Geſchäft auch als ein Darlehn betrachtet werden könnte, indem dem Beklagten die Geldſumme, für welche, ſeinem Auftrage gemäß, Spaniſche Papiere angekauft worden, Seitens des Klägers vorgeſtreckt iſt, wird bekanntlich das Darlehn durch Auszahlung und reſp. Empfang des dargeliehenen Geldes perfect, und da es gleichgültig iſt, ob die Darlehnsſumme dem Empfänger ſelbſt baar ausgezahlt, oder auf deſſen Anweiſung einem Creditor deſſelben, hier dem Verkäufer der Spaniſchen Papiere, eingehändigt wird, auch der Ankauf letzterer, wie die Auszahlung der dafür ſchuldigen valuta, nach der unbeſtritten gebliebenen Angabe des Klägers in Frankfurt Statt gefunden hat, ſo wäre auch in-

ſofern das Contractsverhältniß, aus welchem jetzt geklagt wird, lediglich in Frankfurt perfect geworden.

Es könnte alſo, daß dort auch das forum contractus begründet ſei, nur dann bezweifelt werden, wenn für eine Ausnahme von der Regel hinreichender Grund vorhanden wäre. Dies iſt nun nach der Anſicht derer, welche bloß die in den Geſetzen ausdrücklich erwähnten Ausnahmen ſtatuiren, entſchieden nicht der Fall, indem weder ein bloß auf der Durchreiſe geſchloſſener Contract, noch eine ausdrückliche Abrede über einen beſtimmten Erfüllungsort vorliegt. Eben ſo wenig kann man behaupten, daß aus der Natur der hier abgeſchloſſenen Geſchäfte ſich folgern laſſe, es ſei die Erfüllung am Wohnorte des Beklagten erwartet und vorausgeſetzt worden, indem es ſich hier lediglich um ein Zurück- reſp. Herausgeben fungibler Sachen, nämlich des Seitens des Klägers vorgeſchoſſenen Geldes und der von ihm für den Beklagten angekauften Spaniſchen Papiere handelt, und bei ſolchen Leiſtungen feſtſteht, daß ſie, ſofern nicht ausdrückliche Abrede getroffen, überall geſchehen können [1]). Es würde ſogar, wenn man die Spaniſchen Papiere nicht als fungible, ſondern individuelle Sachen betrachten wollte, daraus ein neues Argument für die Gerichtszuſtändigkeit der Frankfurter Gerichte hergeleitet werden können, indem ſolche Sachen von dem bonae fidei possessor, wofür der Kläger hinſichtlich jener Papiere offenbar zu halten, nur da, wo ſie ſich befinden, geleiſtet zu werden brauchen [2]), und anderſeits der Mandatar die dem Mandanten gehörigen Sachen erſt gegen vollſtändige Befriedigung wegen ſeiner Auslage u. ſ. w. zu reſtituiren

1) Hollweg a. a. O. S. 18 und 19.

2) Linde Abhdl. aus d. deut. gem. Civ.-Proz. Nr. VIII. S. 118.

verbunden ist, somit auch hieraus die Erfüllung zu Frankfurt sich als nothwendig ergeben würde. Wenn man aber mit Hollweg, wogegen doch die namhaftesten Rechtslehrer sich erklärt haben, das forum contractus als ein bloßes forum prorogatum betrachten wollte, so liegt zwar kein bestimmtes Argument dafür, daß der Beklagte sich den Frankfurter Gerichten habe unterwerfen wollen, eben so wenig aber auch dafür vor, daß der Kläger nur vor den Großherzoglich Hessischen Gerichten klagbar zu werden beabsichtigt habe, und da Hollweg selbst [1]) anerkennt, daß bei Geschäften zwischen Fremden und Einheimischen eine stillschweigende Uebereinkunft, sich den Gerichten des Abschlußortes zu unterwerfen, mit Recht präsumirt werden könne, wenn nicht aus den Erklärungen der Parteien, oder aus besondern Umständen eine entgegengesetzte Absicht klar sei, so ist zu einer Abweichung von der Regel, daß in loco contractus das forum contractus eintrete, in vorliegendem Falle auch nicht entfernt ein triftiger Grund vorhanden.

Endlich aber hat Beklagter

3. für den Fall, daß Frankfurt als locus contractus zu betrachten sei, doch noch aus dem Grunde die Competenz des Frankfurter Gerichts anfechten zu können vermeint, weil theils das forum contractus zugleich persönliche Anwesenheit des Beklagten in loco contractus, oder doch voraussetze, daß einzelne Vermögensstücke desselben sich dort vorfänden, theils auch, weil ihm in seiner Qualität als Geheimer Ober-Finanzrath ein forum privilegiatum zukomme, und dies vor dem forum speciale contractus den Vorzug habe. Allein was den erstern Punkt

1) a. a. O. S. 20.

betrifft, ſo ſind alle neuere Prozeſſualiſten [1]) in Uebereinſtimmung mit der Gloſſe der Anſicht, daß in dem Canoniſchen Recht [2]) nicht ſowohl die Bedingungen, unter welchen das forum contractus eintrete, als nur die Vorausſetzungen näher beſtimmt würden, unter welchen das Gericht in loco contractus, in Folge der an ſich ſchon begründeten Competenz gegen den ungehorſamen und die Einlaſſung verweigernden Beklagten zu unmittelbaren Executionsmaaßregeln berechtigt ſei, und daß dadurch nur ausgeſprochen würde, es könne der Richter, in deſſen Sprengel ein Vertrag von einem Auswärtigen geſchloſſen, eine Real-Citation deſſelben bei etwanigem Ungehorſam bloß im Falle perſönlicher Gegenwart, eine missio in bona dagegen oder venditio bonorum auch ohnedies verfügen, und müſſe nur, ſoweit dieſe bona in fremdem Gerichtsſprengel ſich befänden, um die Execution des darauf bezüglichen Decrets den auswärtigen Richter angehen, während er für die in ſeinem Gerichts-Bezirk belegenen Sachen ſofort ſelbſt die immissio oder venditio könne vollſtrecken laſſen. Wollte man aber auch, der Anſicht der älteren Rechtslehrer gemäß, das forum contractus nur als bedingterweiſe eintretend erachten, ſo würde doch im vorliegenden Falle die Competenz des Frankfurter Gerichts als begründet um deshalb angenommen werden müſſen, weil Kläger ausdrücklich, und zwar gerade um die Competenz des angegangenen Gerichts darzuthun, darauf ſich berufen hat, daß er die für den Beklagten erkauften Spaniſchen Papiere

1) Martin a. a. O. §. 52.
Linde a. a. O. §. 91.
Bayer a. a. O. S. 69. Nr. 3.

2) c. 1. §. 3. de foro comp. in VIto. (2. 2.)

noch in Händen habe. Allerdings hat Beklagter das Daſein dieſes Executionsobjects nicht zugeſtanden, allein da er nach den oben sub II. A. gemachten Ausführungen, der opponirten Einreden ungeachtet, wenigſtens ſoweit auf Klage und Anlagen ſich einzulaſſen verbunden war, als die darin enthaltenen Thatſachen zur Begründung nicht ſowohl des Hauptanſpruchs, als der Competenz des angegangenen Gerichts dienen ſollen, ſo iſt in der sent. a qua, in Folge des geſtellten Präjudizes, mit vollem Recht angenommen worden, es ſei jene Thatſache, daß in den Händen des Klägers und ſomit in dem Sprengel des Gerichts in jenen Papieren ein Executionsobject ſich vorfinde, als zugeſtanden zu betrachten.

So viel aber die Berufung auf den privilegirten Gerichtsſtand betrifft, ſo enthält die zum Beweiſe eines Vorzugs deſſelben vor dem forum contractus in Bezug genommene Digeſtenſtelle [1]) gerade umgekehrt den Beweis, daß, ſolcher Gerichtsſtands-Privilegien ungeachtet, man ſich in loco contractus auf die Klage einlaſſen müſſe, und es wird dies durch die auf das forum der Geſandten bezüglichen oben allegirten Geſetzesſtellen, ſo wie durch die ausdrückliche Beſtimmung des Canoniſchen Rechts [2]) dergeſtalt beſtätigt, daß es gar nicht einmal einer Erwägung der Frage bedarf, ob Jemand auch auf den in ſeinem Vaterlande ihm gebührenden privilegirten Gerichtsſtand im Auslande ſich berufen könne, vielmehr jener Einwand als völlig unbegründet erachtet werden muß, und demgemäß mit vollem Rechte in der sent. a qua als durchaus verwerflich bezeichnet worden iſt [3]). Allem dieſem nach kann

1) l. 36. §. 1. D. de judic. (5. 1.)
2) c. 1. de privil. in VIto (5. 7.)
3) Vgl. Bayer a. a. O. S. 32.

es daher keinem irgend begründeten Bedenken unterliegen, daß Beklagter auf die gegen ihn vor dem Frankfurter Gerichte erhobene Klage sich einzulassen, und die Competenz dieses Gerichts anzuerkennen rechtlich verbunden ist, und haben Wir somit, da die Verpflichtung des Beklagten, die durch seine unbegründete Einrede, wie die durch gegenwärtige gleich unbegründete Appellation erwachsenen Kosten allein zu tragen ganz unzweifelhaft ist, die sententia contra quam lediglich, so wie im vorstehenden Urtheile geschehen, zu bestätigen Uns bewogen gefunden.

VIII. [1])

Welches Recht hat der Eigenthümer eines Hauſes an dem vor ſolchem befindlichen Trottoir? Eigenthum? Niesbrauch? Interdictum ne quid in loco publico fiat; auch reſtitutoriſch.

A. Geſchichtserzählung.

Am Markt zu Hildesheim liegen das Haus des Juſtizraths L. und das ſogenannte R.ſche Stiftshaus neben einander. Vor dieſem befand ſich eine Treppenanlage in der Weiſe, daß von einem horizontalen Vorſprunge öſtlich und weſtlich zwei Treppen herabliefen. Im Jahre 1839 und 1840 ließen die Verwalter der R.ſchen Stiftung die Treppe wegbrechen und eine neue einfache aufführen, welche die gerade Linie von der Grenze des L.ſchen Hauſes nach dem Fahrweg durchſchnitt, und auf das vor dieſem Hauſe befindliche Trottoir nicht nur auslief, ſondern auch theilweiſe auf daſſelbe gelegt war. Nach Vollendung der neuen

---

1) Verändert. Vergl. Bobrik, über die rechtliche Natur des ſ. g. Bürgerſteiges (Trottoir), mit beſonderer Rückſicht auf Bauwerke, welche von Privaten auf dem Bürgerſteige errichtet werden: in deſſen und Jacobſons Zeitſchr. f. Theorie und Praxis des Preuß. Rechts. Marienwerder 1834. B. 1. H. 1. Nr. 6. S. 189 fgg.

Treppe ſuchte der Juſtizrath L. die aus der Anlage für ihn hervorgehenden Nachtheile in Güte auszugleichen, und erhob, da ſolches mislang, im Juli 1842 Klage beim Stadtgericht zu Hildesheim, in welcher er, geſtützt auf vorſtehende Thatſachen, und mit der Erklärung, „daß er ſeinen Steinweg, ſein Straßenpflaſter, als ſolches, in gerader Richtung von der Grenze ſeines Hauſes an in Anſpruch nehme," von den Verwaltern der Stiftung die Wegnahme der Treppe von ſeinem Steinweg, ref. exp., verlangt.

Die Beklagten geſtehen die Anlage der neuen Treppe zu, leugnen jedoch das Eigenthum des Klägers am Trottoir, welches res publica ſei. Ihre Berechtigung zur Anlage folge:

1. daraus, daß der Magiſtrat, dem Zeichnung und Riß vorgelegen, ſeine Genehmigung ertheilt habe:

2. daraus, daß daſſelbe, auf die gleichen Vorlagen, von der Armenverwaltungscommiſſion, und mithin auch von deren Vorſtand, dem Kläger, geſchehen ſei:

3. daraus, daß die frühere Treppe ſeit unvordenklichen Zeiten und noch weiter als die jetzige, auf dem vor dem gegneriſchen Hauſe befindlichen Trottoir gelegen habe.

Der Kläger dagegen deducirt ſein Eigenthum am Trottoir vor ſeinem Hauſe aus dem römiſchen und dem deutſchen Rechte, beruft ſich darauf, daß zufolge des in Hildesheim von dem ehemaligen Bauamt geführten Buchs dieſe Anſicht in einem Rechtsſtreit anerkannt ſei, ſowie auf ſein Eigenthum am Straßenpflaſter, nimmt einen Niesbrauch am Trottoir in Anſpruch, ferner das interdictum ne quid in loco publico fiat, und ſogar das quod vi aut clam. Die Genehmigung des Magiſtrats hält Kläger für irrelevant, der Beſchluß der Armenverwaltungscom-

miſſion binde ihn nicht als Privatmann, die frühere Treppe habe an einer andern Stelle auf dem klägeriſchen Straßenpflaſter gelegen als die neue.

Der Beklagte proteſtirt dagegen, daß der aus dem Eigenthum erhobenen Klage ein anderes Fundament untergeſchoben werde, und ſucht die vom Gegner geltend gemachten rechtlichen Geſichtspunkte zu widerlegen.

Das Stadtgericht zu Hildesheim verwarf am 25ſten Januar 1843 die erhobene Negatorien-Klage cum expensis, da das Trottoir res publica ſei, etwa entgegenſtehende römiſche Beſtimmungen, als auf öffentliche Einrichtungen ſich beziehend, in Deutſchland keine Geſetzeskraft erlangt hätten, das Pflaſtern kein Eigenthum am Straßenpflaſter gebe, und die ſonſtigen in der Repliken-ſchrift aufgeſtellten rechtlichen Geſichtspunkte als libelli mutationes aufgefaßt werden müßten.

In der Appellationsinſtanz ward dieſes Urtheil abgeändert. Die Juſtizcanzlei zu Hildesheim erkannte unterm 6ten Mai 1843:

Da jeder Eigenthümer eines Hauſes, wenn er auch nicht eo ipso als Eigenthümer des unmittelbar vor demſelben befindlichen Straßentheils erſcheint, doch ſtets zur Benutzung des letztern, ſoweit dadurch der öffentliche Verkehr nicht beeinträchtigt wird, berechtigt, und wegen dieſer Berechtigung auf Hinwegnahme der von einem Dritten vorgerichteten, dieſe Benutzung aufhebenden oder ſtörenden Anlagen zu klagen, gemeinrechtlich befugt iſt,

eine ſolche Klage auch nach den Erläuterungen in der Replik als angeſtellt zu betrachten iſt, indem der Umſtand, daß Kläger den ſtreitigen Platz als „ſeinen Steinweg" ꝛc. bezeichnet, nicht ausſchließlich auf eine Eigenthumsklage hinweiſet,

derſelben auch in substrato die Einrede der erwer-

benden Verjährung nicht entgegensteht, weil beklagter Seits nicht behauptet ist, daß oder inwieweit die früher vor dem R.schen Hause befindliche Treppenanlage den Kläger von Benutzung ebenderselben Stelle vor seinem Hause, welche jetzt von der fraglichen Treppe bedeckt ist, ausgeschlossen habe,

so wird Beklagter verurtheilt, die fragliche Treppe, soweit sie jetzt den Platz vor des Klägers Hause bedeckt, hinwegzuräumen, und die Prozeßkosten zu erstatten.

Dieses Erkenntniß ward in der Leuterungsinstanz cum expensis bestätigt. Die Gründe enthalten folgende

B. Rechtliche Beurtheilung.

1. Die Klage auf Wegnahme der Treppe läßt sich als negatoria actio nicht aufrecht erhalten. Denn dem Eigenthümer eines Hauses, als solchem, steht nicht das Eigenthum an dem vor dem Hause befindlichen Trottoir zu. Zwar entsprechen diesem die semitae und margines der Römer. Daß sie aber als Theile der Straße und nicht als Accessorien der Häuser angesehen wurden, ergiebt sich theils daraus, daß ihre Instandhaltung, das Pflastern, von den dazu nicht etwa nur berechtigten sondern ausdrücklich verpflichteten Anliegern unter Aufsicht der Aedilen, denen die Straßenpolizei oblag, zu beschaffen war, theils aus dem Verbot von Wetterdächern und Balkonen, welches nicht gerechtfertigt erscheinen würde, wenn das Trottoir und mithin auch die über demselben befindliche Luftsäule Eigenthum der Anlieger gewesen wäre. Auch läßt sich dies Eigenthum am Trottoir nicht daraus ableiten, daß die Fundamente und Keller der Häuser bisweilen bis unter dasselbe vorspringen, da der Satz, daß der Eigenthümer

des Grund und Bodens, Eigenthümer des darüber und darunter befindlichen Raumes sei, sich nicht umkehren läßt, indem sonst der Eigenthümer eines unter die Straße gebauten Kellers oder eines in dieselbe hineinragenden Erkers das Eigenthum eines öffentlichen Weges gewinnen würde. Ebensowenig beweist das Recht, Budenplätze auf dem Trottoir zu vermiethen, für das Eigenthum an solchem, da diese Befugniß aus dem Gesichtspunkt des geschmälerten Gebrauchsrechts der unmittelbar Betheiligten sich erklärt.

2. Für das Eigenthum der Anlieger am Trottoir spricht keine positive Vorschrift des gemeinen deutschen Rechts. Die Trottoirs wurden durchschnittlich erst abgesondert, nachdem der Gemeineverband bereits entstanden und die Straßen angelegt waren, nicht aber umgekehrt so, daß zunächst die Häuser mit den Trottoirs erbaut, und später zwischen ihnen die Straßen eingerichtet wären. Durch die Absonderung der Trottoirs ward nur die bequeme Benutzung der Straßen für Fußgänger bezweckt, und keineswegs dieser Theil der Straße dem privativen Eigenthum der Anlieger überwiesen. Auch dadurch, daß an manchen Orten ein Theil des Trottoirs durch Säulen, Staketen und Ketten von dem übrigen getrennt ist, wird weder Eigenthum, noch ein Titel für die Ersitzung gewonnen, welche an einer res publica undenkbar ist.

3. Die Behauptung, daß in dem zu Hildesheim vom ehemaligen Bauamte geführten Buche, in welches die Bausachen betreffenden Prozesse eingetragen seien, das Eigenthum der Hauseigenthümer am Trottoir mehrfach anerkannt und auch in einem Rechtstreit ausgesprochen sei, kann weder ihrer factischen Begründung noch ihrer rechtlichen Bedeutung nach geprüft werden.

4. Wenn Kläger ſein Verbietungsrecht wider die Anlage der Gegner auf ſein Eigenthum an den das Straßenpflaſter bildenden Steinen baſiren will, ſo überſieht er, daß durch das Pflaſtern das Eigenthum an dem Grund und Boden, welchen die Steine bedecken, nicht erworben wird, ſondern vielmehr dieſe durch die Verwendung res publica werden.

5. Die Auffaſſung des Rechts am Trottoir als Nießbrauch mit dem Recht, den Platz zu vermiethen, zur Hinſtellung von Wagen zu benutzen u. ſ. w., und der Verpflichtung zu fegen, zu pflaſtern u. ſ. w. widerſpricht den Rechtsgrundſätzen, daß Servituten an res publicae überhaupt, und ein jedem Hauseigenthümer mithin als Prädialſervitut zuſtehender Nießbrauch unmöglich iſt.

6. Ein beſonderes Recht irgend einer Art am Trottoir ſteht alſo dem Hauseigenthümer nicht zu. Doch genießt er einen Schutz gegen jede Störung des allgemeinen Gebrauchsrechts. Die Erhaltung deſſelben iſt zwar zunächſt Aufgabe der Behörden [1]). Das römiſche Recht eröffnet aber daneben in einer Mehrzahl von Fällen dem Beeinträchtigten, oder jedem Gliede des Gemeinweſens den Weg der Civilklage. Es fehlt an einem haltbaren Grund, dieſe Rechtsmittel heutzutage für unpraktiſch zu erklären. Der Umſtand, daß ſie mit dem öffentlichen Recht in Verbindung ſtanden, iſt nicht durchgreifend. Die practiſchen Schriftſteller ſeit der Reception des römiſchen Rechts beweiſen die Anwendbarkeit. Daß aber das offizielle Einſchreiten heutzutage der gewöhnliche Weg iſt, und eine ſtets bereite Amtsthätigkeit der öffentlichen Behörden ſich bemüht, allen derartigen Uebelſtänden abzuhelfen, Alles

1) Dig. 43. 10.

dieſes vermag zwar das Feld der Civilklagen factiſch zu beſchränken, nicht aber dieſelben aufzuheben. Unter den im Titel ne quid in loco publico vel itinere fiat. 13, 8. erwähnten Rechtsmitteln bezwecken die in l. 2. §. 20. und 34. genannten Populariterdicte Abhülfe wider Verſchlimmerung der Wege und Erſchwerung ihrer Benutzung. Sie ſind gerichtet auf Unterlaſſung, wie auf Wiederherſtellung des vorigen Zuſtandes. Allein ſie beziehen ſich nur auf Land-, nicht auf Straßen in der Stadt [1]). Dagegen erſcheint das Interdict, welches dem Betheiligten gegeben iſt, der ſich durch die Vorrichtungen eines Andern an einem locus publicus beeinträchtigt findet [2]), geeignet, im vorliegenden Fall Abhülfe zu gewähren. Da der Ausdruck locus publicus ſich auf areae, insulae, agri, viae und itinera publica bezieht [3]), ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß das Trottoir an einem Marktplatz in dieſe Kategorie gehört. Daß die ſtattgehabte Veränderung der Treppenanlage den Kläger beeinträchtigt, inſofern er z. B. eine Verlegung ſeiner Hausthür beabſichtigt, iſt außer Zweifel: zur Anſtellung des Interdicts berechtigt aber ein damnum qualequale [4]). Bedenken erregen könnte nur der Umſtand, daß Ulpian und Julian mehrfach das Interdict nur für prohibitoriſch erklären [5]), und dieſe Anſicht ſogar aus den Worten des Edicts nach der Florentiniſchen Lesart interdictum non dabo hervorgeht. Da ſich nun Kläger erſt nach Vollendung der Treppe beſchwert hat, ſo würde er

1) l. 2. §. 24.
2) l. 2. pr.
3) l. 2. §. 3.
4) l. 2. §. 11. 12.
5) l. 2. §. 1. 17. 19. l. 7.

als Privatmann keinen Schutz mehr genießen, und nur noch die Obrigkeit in dem Fall einer Beeinträchtigung des öffentlichen Gebrauchsrechts einzuschreiten befugt sein[1]). Die ratio dieser Bestimmung wird[2]) dahin gegeben, ne urbs ruinis deformetur. Diese ratio ist aber nicht als ein außer dem Rechtssatz befindlicher Nützlichkeitsgrund, welcher dessen Einführung motivirt hat, aufzufassen, sondern als das rechtliche Princip des Satzes selbst, als der Gedanke, welcher den Prätor beim Erlaß seiner Bestimmung leitete. Fällt diese letztgedachte ratio hinweg, so fällt damit auch die Rechtsvorschrift, mit andern Worten, wenn urbs ruinis non deformatur, so liegt kein Grund vor, das Interdict nicht auch restitutorisch zur Anwendung zu bringen. Daß die Römer diesen Gesichtspunkt practisch befolgten, ergiebt sich daraus, daß sie in einem Fall, wo Jemand auf einem Balcon eine Marquise angebracht, und dadurch seinem Nachbar das Licht benommen hatte, wo es sich also um ein vollendetes Werk handelte, ein utile interdictum, also ein restitutorium, gestatteten[3]). So hat denn auch die Glosse zu l. 2. pr. bei der Erörterung, ob die litera Pisana oder vulgata den Vorzug verdiene, sich für die Zulassung eines restitutorischen Interdicts neben dem prohibitorischen erklärt, und ihr sind viele practische Schriftsteller gefolgt. Da nun die Stadt Hildesheim offenbar nicht ruinis deformatur, wenn die Beklagten die Treppe abbrechen und den frühern Zustand herstellen, so steht der rechtlichen und factischen Anwendung des Interdicts an sich ein Hinderniß nicht entgegen. Die Behaup-

1) l. 2. §. 5. 17.
2) l. 2. §. 17. l. 7.
3) l. 2. §. 6.

tung des Klägers in der Rechtsmittelinſtanz, daß er während des Treppenbaues ſeiner Geſundheit wegen neun Monate abweſend geweſen ſei, bedarf demnach keiner weiteren Prüfung.

7. Ausgeſchloſſen wird das Interdict nach den Worten des Edicts durch obrigkeitliche Erlaubniß [1]). Die Beklagten haben dieſelbe behauptet, und unbeſtritten iſt in dieſer Beziehung folgendes: Als Beklagte den Neubau der Treppe beabſichtigten, wandten ſie ſich, unter Vorlegung von Zeichnung und Riß, an die Armenverwaltungscommiſſion, mit der Bitte um Genehmigung. Dieſe erfolgte, und die Commiſſion ſuchte nunmehr unter der gleichen Vorlage die Zuſtimmung des Magiſtrats nach, welche ertheilt ward. Jede Erlaubniß einer Anlage auf öffentlichem Grund und Boden pflegt mit der ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Clauſel, daß Andern daraus kein Nachtheil erwachſe, ertheilt zu werden [2]). Soll die Anlage unter Beeinträchtigung eines Andern geſchehen, ſo bedarf es dazu einer ſpeciellen Autoriſation [3]). Eine ſolche kann jedoch in dem Umſtande allein, daß Zeichnung und Riß dem Magiſtrat vorgelegen haben, nicht gefunden werden, da ſich aus ſolchen die für den Kläger aus dem Bau möglicherweiſe entſpringenden Nachtheile ſchwerlich allſeitig erſehen ließen. Jedenfalls aber iſt der Magiſtrat nur als oberaufſehende Behörde über milde Stiftungen um ſeine Erlaubniß gebeten, und nur in dieſer Eigenſchaft dieſelbe von ihm ertheilt. Um die klägeriſchen Rechte zu beeinträchtigen, bedurfte es jedoch einer Conceſſion von Seiten

1) l. 2. pr. §. 10.
2) l. 2. §. 10.
3) l. 2. §. 16.

der Behörde, welcher die Aufsicht über die Straßen zusteht: eine solche Concession ist aber von Beklagten überall nicht behauptet.

8. Auch der von diesen entgegengesetzte Einwand des Verzichtes ist unbegründet. Gestützt wird derselbe darauf, daß Kläger als Vorstand der Armenverwaltungscommission die Zeichnung und den Riß der Treppe genehmigt habe. Allein weder vermag der Collegialbeschluß der Commission den Privatrechten der Mitglieder, aus denen sie zusammengesetzt ist, zu derogiren, noch könnten deren vota, welche nur insofern Bedeutung haben, als der Collegialbeschluß künstlich durch sie gebildet wird, von Dritten irgend wie benutzt werden, um Rechte daraus herzuleiten: jedenfalls würde eine Zustimmung, zu welcher der Kläger als Vorstand der Armencommission sich für verpflichtet hielt, ihm in seiner Qualität als Hauseigenthümer überall nicht präjudiciren. Hienach bedürfen die Fragen, welches votum der Kläger abgegeben, und ob Zeichnung und Riß der Treppe ihn über die für sein Haus aus der Anlage hervorgehenden Nachtheile hinlänglich aufklären mußten, keiner weiteren Auseinandersetzung.

9. Eine libelli mutatio liegt nicht vor. Daß Kläger die negatoria actio angestellt habe, läßt sich aus der Fassung des Libells nicht ableiten. Insbesondere geht dies nicht aus den Worten „mein Steinweg, das Straßenpflaster, welches ich als solches in gerader Richtung von der Gränze meines Hauses in Anspruch nehme," hervor, da diese ebensowohl sich auf das ihm eigenthümlich zubehörige, wie auf das vor seinem Hause befindliche Trottoir, resp. Straßenpflaster beziehen können. Die Parteien sind nicht verpflichtet, den Rechtsgrund ihrer Ansprüche ausdrücklich anzugeben. Der Richter hat die Pflicht, un-

ter Berückſichtigung der Thatſachen und der Bitte, den einer Partei günſtigſten Rechtsſatz anzuwenden. Daß der Kläger in der Replikenſchrift eine Mehrzahl von rechtlichen Geſichtspunkten, welche von dem Richter möglicherweiſe zu berückſichtigen ſeien, hervorhebt, kann als unzuläſſig nicht betrachtet werden. Genug, daß unter ihnen ein Geſichtspunkt iſt, unter welchen ſich die in der Klage angeführten Thatſachen, wie gezeigt, mit Erfolg ſubſumiren laſſen.

IX.

1. Die Berechnung der Appellationssumme bei der negatoria actio ist von dem Werthe des beeinträchtigten Eigenthums nicht abhängig. §. 145. der Prozeßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover. Präjudiz des Kgl. O.-A.-Gerichts vom 29sten Juli 1845.

2. Die Androhung der Strafe des Ausschlusses ist bei Beweisfristen nicht erforderlich. §. 65. der Prozeßordnung.

3. In den Voracten enthaltene Beweismittel, deren Werth im Beweisinterlocut nicht ausdrücklich aberkannt wurde, können zur Führung des in demselben normirten Beweises noch benutzt werden.

4. Bei polizeilichen Protocollen müssen die für gerichtliche gegebenen Vorschriften beobachtet sein, wenn sie in einem Civil-Rechtsstreit die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde genießen sollen. §. 22. der Prozeßordnung.

A. Geſchichtserzählung.

Der Fabrikant Ey zu Clausthal iſt Eigenthümer eines Gartens, welcher gegen Norden an eine dem Fuhrherrn Löwe, daſelbſt, zubehörige Wieſe gränzt. Im Frühjahr 1843 legte jener in dem nördlichen Zaun ſeines Gartens eine Pforte an, und dieſer erwirkte wider ihn unterm 14. April ein polizeiliches Mandat folgenden Inhalts:

Vom Fuhrherrn Friedrich Löwe iſt — mehrfach Beſchwerde darüber geführt:

> daß von dem ꝛc. Ey in dem bis daher mit keiner Pforte verſehenen nördlichen Zaun ſeines Gartens, welcher unmittelbar an die beregte Wieſe gränzt, eine Pforte zu dieſem Frühjahr angelegt ſei, welche auch mannigfach benutzt werde,

und darauf angetragen, daß ſolche — weggeſchafft und der Zaun, wie früher, hergeſtellt werde.

Auf mündliche Rückſprache — hat — Ey, daß ſolche Pforte von ihm angelegt ſei, — eingeräumt, — auch gelobt,

> „daß ſelbige ſofort feſt zugenagelt werden ſolle."

Wenn nun — von — Löwe ſolche Beſchwerde wiederholt und behauptet iſt, daß die Pforte noch nicht vernagelt ſei, ſo wird — dem ꝛc. Ey hiemit polizeilich aufgegeben:

> binnen 24 Stunden bei 5 Thlr. Strafe der ihm gewordenen Auflage und von ihm gethanen Verſprechen nachzukommen, und ſolche Pforte feſt zu vernageln, ſo daß ſie, gleich dem übrigen vorhandenen Zaun, den Ausweg verhindert.
>
> Clausthal den 28ſten April 1843.
>
> R. und R.
>
> R. Kr.

Ey provocirte nun unterm 1ſten Mai 1843 bei Richter und Rath zu Clausthal den Löwe zur Geltendmachung der berühmten Befugniß, dem Provocanten das Haben der Pforte und deren Gebrauch während der Zeit der unverbotenen Wieſen (Grumt-Erndte bis Mai), oder, nach ſeiner replicirenden Erklärung, nur das Halten der Pforte zu verbieten. Die Provocation wurde jedoch am 3ten September und 13ten November 1843 in erſter und zweiter Inſtanz verworfen, weil ſie nach §. 159. der Prozeßordnung eine ſubſidiäre Natur habe, und dem Ey, da er eine Verletzung der an dem gegneriſchen Grundſtück zuſtehenden Servitut behaupte, die confessoria, falls er aber wegen partieller Verletzung ſeiner Eigenthumsrechte klage, jedenfalls die negatoria actio zuſtehe.

Ey ſtellt demnach am 18ten Januar 1844, unter allgemeiner Bezugnahme auf die Provocationsacten, welche dem neuen Rechtsſtreit gebetenermaßen beigefügt ſind, wider Löwe die negatoria actio an, und bittet dieſen zu verurtheilen:

> daß er ihn nicht länger im Eigenthum und im Beſitze der gedachten Anlage einer Zaunpforte ſtöre und ſich aller Eingriffe in das klägeriſche Eigenthum am Zaun enthalte, refusis expensis.

Beklagter leugnet indeſſen dem Kläger das Halten einer Pforte je unterſagt zu haben, er geſteht ihm dies vielmehr unbedingt zu: nur gebrauchen ſolle Kläger dieſelbe nicht, um über die Wieſe zu gehen. Da nun die negatoria allein auf das Halten der Pforte baſirt ſei, ſo müſſe dieſelbe abgewieſen werden.

Nach verhandelten Acten erging am 22ſten Mai 1844 der Beſcheid, Kläger werde, unter Verurtheilung in die

Prozeßkoſten, abgewieſen, falls er nicht binnen 14 Tagen erwieſe:

daß Beklagter ihm das bloße Haben oder Halten einer Gartenpforte in ſeinem, des Klägers, Zaun beſtritten, oder ihn in deren Anlage geſtört.

Der Kläger trat dieſen Beweis am 3ten Juni 1844 an:

1. durch das Polizeimandat vom 28ſten April 1843;

2. durch folgende Deduction: Beklagter habe die Pforte zu einer Zeit verboten, wo die Benutzung überall nicht in Frage geſtellt werden könne, da notoriſchermaßen Jeder das Recht habe, vor dem 10ten Mai die Wieſen zu betreten, ſo viel er wolle; mithin dürfe das Verbot nur auf das Vorhandenſein der Pforte bezogen werden; und ſchlug nachträglich am 25ſten Juni

3. den Richter Ramdohr zum Zeugen über das Beweisthema vor.

Der Beklagte dagegen ſucht

ad 1. die Irrelevanz des Polizeimandats auszuführen; leugnet

ad 2. daß er dem Kläger das Recht zugeſtehe, die Wieſe zu irgend einer Zeit nach Belieben zu betreten; und hält

ad 3. den Beweisnachtrag wegen §. 65. der Prozeßordnung für unzuläſſig.

Durch Erkenntniß vom 29ſten Juli und 9ten Auguſt 1844 wurde der Beweisnachtrag wegen §. 65. der Prozeßordnung als verſpätet, die Beweisantretung aber, da über das Mandat vom 28ſten April 1843 bereits in dem rechtskräftigen Beweisinterlocut entſchieden ſei, verworfen, und dem Kläger nachgelaſſen, ſich binnen 14 Tagen, bei Strafe des Verluſts, darüber zu erklären, ob er ſeinem Gegner über den Beweisſatz den Eid zuſchieben wolle.

Der Beklagte wandte wider die nachgelaſſene Eidesdelation am 16ten Auguſt das Rechtsmittel der Supplication ein, worüber, da Kläger dagegen bereits am 15ten Auguſt das der Appellation ergriffen hatte, die Entſcheidung ausgeſetzt ward. Die Appellation iſt am 11ten October bei Königlicher Juſtizcanzlei eingeführt, und die einzige Beſchwerde, darüber,

daß der dem Kläger durch das Decret vom 22ſten Mai 1844 auferlegte Beweis für nicht geführt erkannt ſei

zugleich gerechtfertigt.

Die Königliche Juſtizcanzlei verwarf jedoch, nach geforderten und eingegangenen Acten erſter Inſtanz am $\frac{1}{18}$. December 1844 die Appellation, unter Verurtheilung in die Koſten der Inſtanz, „weil, wenn auch das den frühern Acten einverleibte Mandat vom 28ſten April 1843 noch Berückſichtigung in der Beweisinſtanz finden möchte, doch aus dem Inhalte deſſelben für die Intention des Klägers nichts gefolgert werden könne, da augenſcheinlich der jetzige Beklagte derzeit wegen des Haltens und des Gebrauchs der fraglichen Pforte Beſchwerde geführt habe."

Gegen dieſen Beſcheid legte der Kläger am 26ſten December 1844 Rechtsmittel im Allgemeinen ein, wählte am 14ten Januar 1845 das der Supplication, bat um Friſt zur Rechtfertigung den 6ten Februar, erhielt dieſelbe, und rechtfertigte ſeine wider den Geſammtinhalt des Canzlei-Beſcheides gerichteten Beſchwerden, mit der Bitte um Acten-Verſendung am 8ten Februar 1844, worauf, nach eingegangener Vernehmlaſſung, die Acten zum Spruch anhero verſandt wurden.

B. Rechtliche Beurtheilung.

I. Formalien.

1. Die Fristen zur Einführung der Appellation, so wie zu deren und der Supplication Einwendung und Rechtfertigung sind gewahrt [1]).

2. Die Zulässigkeit der Appellation und der gegenwärtigen Supplication hat Beklagter deshalb in Abrede genommen, weil bei Berechnung der Appellationssumme nur der Betrag der Haupt-, nicht der der Nebenforderungen in Betracht komme [2]), und eine nur die Prozeßkosten zum Gegenstand habende Appellation, insofern nicht dieselben den Hauptgegenstand der Klage bilden, unzulässig sei [3]); im vorliegenden Fall aber, nachdem Beklagter in der Vernehmlassung und mehrfach später erklärt habe, daß er dem Gegner das bloße Halten einer Pforte überall nicht bestreite, in Berücksichtigung, daß sonstige Nebenansprüche vom Kläger nicht geltend gemacht seien, es sich nur darum handle, ob Beklagter durch eine frühere, seiner jetzigen Erklärung zuwider laufende, Handlung Anlaß zur Klaganstellung gegeben habe und deshalb verbunden sei, deren Kosten zu tragen.

Hätte nun die beklagtische Erklärung in der That den ursprünglichen Gegenstand der Klage verwandelt, so würde die Verbindlichkeit zur Kostentragung jetzt Hauptgegenstand der Klage sein, und da der actenmäßige Be-

---

1) §. 148. der Prozeßordnung. §. 3. Tit. 2. §. 1. Tit. 30. der Caienbergischen Canzleiordnung.

2) §. 145. der Prozeßordnung.

3) Präjudiz des Königl. O.-A.-G. vom 29sten Juli 1843 G.-S. A. 1. S. 231.

trag der Koſten die Appellationsſumme überſteigt, ſo wäre nach eigner Anſicht des Beklagten der Einwand unbegründet. Die Annahme jener Verwandlung iſt jedoch unſtatthaft. Das „rechtskräftige" Beweisinterlocut hat nämlich nicht ſich dahin ausgeſprochen: „da Beklagter dem Kläger das Halten der Pforte zugeſteht, ſo hat es in der Hauptſache hiebei das Bewenden. Würde dagegen, die früheren Störungen anlangend, der Kläger beweiſen, daß u. ſ. w., ſo erginge der Koſten halber weitere rechtliche Verfügung." Sondern es hat den ganzen klägeriſchen Anſpruch an jenen Beweis geknüpft, und mithin bildet der Werth des angemaßten Rechts noch jetzt den Inhalt der Beſchwerde. Jener Werth läßt aber keine beſtimmte Schätzung zu. Der des beeinträchtigten Eigenthums kann nicht zum alleinigen Maaßſtab genommen werden: daneben und vornämlich kommt das Intereſſe, welches Kläger an dem Halten der Pforte, z. B. für den Fall der Feuersgefahr zu haben behauptet, in Betracht, was der Natur der Sache nach ſich weder beſtimmt taxiren läßt, noch von offenbarer Geringfügigkeit iſt. Auf das Vorhandenſein der Appellationsſumme kommt es alſo nicht an [1]).

II. Materialien.

1. Bevor das Reſultat der klägeriſchen Beweisführung von Neuem geprüft wird, iſt die Frage zu erörtern, ob eine derartige Prüfung gegenwärtig ſtattnehmig ſei. Die Beweisantretung iſt nämlich nicht „bei Strafe des Ausſchluſſes" aufgegeben, und das Erkenntniß, welches die nach Ablauf der Beweisfriſt erfolgte Denomination des Zeugen Ramdohr verwarf, ſcheint gegen die Vorſchrift zu

1) §. 145. Abſ. 1. z. E. der Prozeßordnung.

verſtoßen, daß der Richter nur die „angedrohten" Rechtsnachtheile realiſiren dürfe [1]). Allein eine derartige Androhung durch den Richter iſt bei der Beweisfriſt nicht nothwendig, indem dieſelbe in dem Maaße für peremtoriſch erklärt iſt, daß die unterbliebene Antretung des Beweiſes innerhalb derſelben auch ohne vorgängige Ungehorſamsbeſchuldigung von Seiten des Gegners den Verluſt des Beweiſes zur Folge haben ſoll [2]). Jedenfalls aber würde die nach vorgängigem Gehör des Gegners erfolgte Verwerfung des Zeugen von richterlichen Amtswegen nicht aufgehoben werden können, da Erkenntniſſe, worin gegen deutliche Geſetze entſchieden iſt, durch ein ordentliches Rechtsmittel angefochten werden müſſen, wenn eine Partei ſich dabei nicht beruhigen will [3]), und der Kläger ſich über die Verwerfung nicht beſchwert hat.

2. Die Schlußfolgerung des Klägers, daß das Polizeimandat nur auf das Halten der Pforte bezogen werden könne, da das Recht zu deren Benutzung vor Maimonat nicht zu bezweifeln ſei, indem zu jener Zeit Jeder die Befugniß habe, nach Belieben über die Wieſen zu gehen, iſt dadurch beſeitigt, daß Beklagter deren Prämiſſe in Abrede nimmt, und ſeinem Gegner die Befugniß, zu irgend einer Zeit die Wieſen zu betreten, beſtreitet.

3. Es bleibt daher nur übrig, die Beweiskraft des Polizeimandats zu prüfen.

a. In formeller Beziehung läßt ſich dagegen einwenden:

1) Es ſei deſſen Irrelevanz bereits rechtskräftig entſchieden. Dieſer Grund des erſten Erkenntniſſes iſt in dem Canzleibeſcheide mit Recht verworfen worden. Denn

---

1) §. 31. 2) §. 65. 3) §. 158. z. E.

das Beweisinterlocut berührt in seinen dispositiven Worten das fragliche Mandat überall nicht; und, selbst wenn in den Gründen des Interlocuts dessen ausdrücklich gedacht wäre, was nicht geschehen ist, indem es darin nur heißt, daß auch die Provocationsacten, zu denen das Mandat gehört, der Entscheidung zum Grunde gelegt seien, so beschreitet doch, nach bekannten Rechtsgrundsätzen, nur der Inhalt der Urtheile und nicht deren Gründe die Rechtskraft.

2) Es sei ein referens absque relato. Dieser Einwand ist zwar insofern ohne Bedeutung, als der Inhalt des angeblichen beklagtischen Antrags dem Mandate einverleibt ist. Auch kann es nicht bezweifelt werden, daß ein vor der Polizei formirter Antrag an sich Beweismittel in einem Civilprozeßverfahren sein könne. Soll derselbe indessen die Bedeutung einer öffentlichen Urkunde haben, so ist erforderlich, daß dabei die über die Beweiskraft der Protocolle normirenden Rechtsgrundsätze befolgt wurden. Zu diesen gehört die Bemerkung, daß das Protocoll der Partei vorgelesen sei [1]). An einem Protocoll, welches diesen Erfordernissen entspräche, fehlt es aber im vorliegenden Falle. Das Mandat erwähnt nur der Beschwerdeführung und des Antrags des Beklagten, sagt aber nicht, daß darüber ein Protocoll in gehöriger Form aufgenommen worden sei, und hat daher als solches keine beweisende Kraft. Wollte man indessen dieselbe ihm auch zuschreiben, so käme doch

b. in materieller Beziehung in Betracht:

1) daß die in dem Mandat angeblich enthaltene Störung des Eigenthums, dessen dispositiven Worten zu-

1) §. 27.

folge, ebenſowohl in der auf Antrag des Beklagten erfolgten Auflage, wie in dem Verſprechen des Klägers ihren Grund hat. Nimmt derſelbe nun den Inhalt des Mandats für ſich in Anſpruch, ſo muß er ihn auch gegen ſich gelten laſſen, und hat keinen Grund, ſich über einen Befehl zu beſchweren, der ihn zur Erfüllung eines von ihm gethanen Verſprechens anhält.

2) Daß die Beſchwerde des Beklagten bei der Polizei, den klaren Worten des Mandats zufolge, nicht in dem bloßen Haben der Pforte, ſondern in deren Anlage und Benutzung beſtand, und mithin der Inhalt des Mandats in dem Puncte, auf welchen es ankommt, dem rechtskräftig feſtſtehenden Beweisthema geradezu widerſpricht, aus welchem der Kläger in ſeiner Supplicationsrechtfertigung das Wort „bloße" auf dem Wege der Erklärung zu beſeitigen vergebens bemüht iſt.

Das vorige Erkenntniß war demnach zu beſtätigen, und die Verurtheilung des Supplicanten in die Koſten der Inſtanz, mit Einſchluß der Actenverſchickungs-Gebühr, bedarf keiner weiteren Rechtfertigung.

X. [1])

In das Lehen erben auch in Mecklenburg nur die Söhne, nicht die Töchter. Gegen von Kamptz.

Das ausschließliche Erbrecht der Söhne in das Lehen ist in Mecklenburg nicht unbestritten.

Es wird behauptet, daß demselben in neuerer Zeit als Herkommen ein anderer Rechtssatz entgegengetreten sei, nach welchem

> von dem Lehen und Alod, als einer Masse, den Söhnen je zwei Theile, den Töchtern je ein Theil gebühre.

Für die Prüfung der für dieses Herkommen geltend gemachten Gründe darf ein anderes Herkommen nicht unberücksichtigt bleiben, dessen in früherer Zeit Erwähnung geschieht, und wonach für die frühere Zeit vor dem vorhin bezeichneten Herkommen der Rechtssatz behauptet wird, daß

> die Söhne und Töchter das Alod zu gleichen Theilen, dagegen das Lehen so erben, daß von demselben den Söhnen je zwei Theile, den Töchtern je ein Theil gebührt.

Beide Theilungsarten, sowohl jene jüngere, als auch diese ältere, werden mit einer Bestimmung der Re-

---

1) Aus einem von der Juristenfacultät im Jahre 1845 abgegebenen Gutachten.

versalen von 1621 in Verbindung gebracht, und als eine Ergänzung derselben betrachtet.

Es ist daher zuvörderst das Recht der Reversalen darzustellen.

A. Die Reversalen von 1621 Art. 27 und 31. enthalten folgende Bestimmungen.

Art. 27. Zum Fall auch einer Erbjungfrauen Vater nicht so viel an Bahrschaft und Alodialgütern auf seinen Todesfall hinter ihm verlassen würde, daß sie davon gebührlich außgesteuret werden könte, so sol ihr der Brautschatz ex feudo, pro quantitate ejusdem, wenigers nicht und ungeacht ihres habenden Nießbrauchs, abgerichtet und gefolgert werden.

Art. 31. Dem nechst haben Wir unser getreuen Ritterschaft, die besondere Gnade gethan, daß die einem Lehmann anererbte Schulden, und darin er sonsten wegen gebührlicher Außsteur und Abfindung seiner respective Töchter, Schwester und Brüder, doch daß solches nicht übermeßig geschicht, durch Feuersbrunst, Ungewitter, und andere casus fortuitos, ohn sein Hin- und Fahrlessigkeit, aus göttlicher unwandelbaren Verhängnuß gerathen möchte, aus den Uns eröffneten Lehen bezahlet und abgerichtet werden sollen. — —

Und wann er dann zur Außsteur seiner Töchter und Schwester, oder auch in andern Fällen, so itzt vermeldet, einer Anleihung einer gewissen Summen Geldes benöthiget, solches Uns und Unsern nachkommenden regierenden Landesfürsten, als den Lehnherrn, supplicando zu erkennen zu geben, und um gnädigen Consens und Bewilligung unterthänig anzuhalten schuldig und verpflicht.

Aus diesen Bestimmungen ergiebt sich:

1. Nicht nur eine Erbjungfrau, ſondern jede Tochter hat ein Recht darauf, daß ihr ein gebührlicher Brautſchatz ex feudo abgerichtet werde.

2. Das Recht auf einen Brautſchatz ex feudo beſteht aber nur dann, wenn der Vater nicht ſo viel Alod hinterläßt, daß ſie ſchon davon gebührlich ausgeſteuert werden kann.

3. Die Gebührlichkeit des Brautſchatzes iſt zu bemeſſen pro quantitate feudi et alodii, und zwar ſtets des Alods des Vaters. Es giebt alſo das feudale und alodiale Vermögen des Vaters den Maaßſtab.

a. Denn daß ſie nicht lediglich nach dem Alod zu bemeſſen iſt, ergiebt ſich daraus, daß dann, wenn dieſes wäre, das Alod ſtets ausreichen würde, während doch die Reverſalen den Fall, daß es nicht ausreicht, als möglich annehmen: daſſelbe ergiebt ſich ferner aus dem Ausdruck pro quantitate feudi. Dieſer kann nur bedeuten: „nach Maaßgabe des Lehns," und nicht: „ſoweit das Lehen reicht," denn dieſes reicht, wenn das Alod nicht ausreicht, immer aus, weil der Brautſchatz, wie ſich von ſelbſt verſteht, nicht den ganzen Werth des Lehns erreichen darf.

b. Die Gebührlichkeit iſt aber auch nicht lediglich nach dem Lehen zu bemeſſen. Denn es iſt nicht abzuſehen, warum von dem Rechtsſatz, daß die dos nach dem geſammten Vermögen des Vaters ſich beſtimmt, bei einem aus Lehn und Alod beſtehenden Vermögen eine Ausnahme dahin Statt finden ſolle, daß das Alod außer Anſchlag zu bringen ſei. Nur die Frage, ob das Lehen mit angeſchlagen werden müſſe, konnte Zweifel erregen. Dieſe iſt in den Reverſalen bejaht worden, die mit der Beſtimmung, daß auch das Lehen für den Brautſchatz aufkomme, eben das feſtgeſtellt haben, daß auch das Lehen für die Be-

ſtimmung der Größe des Brautſchatzes zu veranſchlagen ſei, wobei ſie die Berückſichtigung des Alods als etwas ſich von ſelbſt Verſtehendes vorausſetzen.

c. Daß aber das Alod lediglich des Vaters in Anſchlag zu bringen iſt, und nicht das des Lehnbeſitzers, der zur Zeit, wo der Brautſchatz gefordert wird, grade das Lehen inne hat, ergiebt ſich ſchon daraus, daß auch gegen den Lehnsherrn der Brautſchatz ex feudo verlangt werden kann, und daraus, daß überhaupt die Lehnsfolger nur als ſolche zur Ausrichtung des Brautſchatzes verpflichtet ſind.

4. Die weitere Frage, wie viel von dem alodialen und feudalen Vermögen des Vaters der Tochter als Brautſchatz gebühre, iſt in den Reverſalen nicht beſonders beantwortet. Sie iſt daher nach dem ſonſtigen Recht zu entſcheiden, mithin iſt der Brautſchatz, wenn der Vater feudales und alodiales Vermögen hat, ſo zu beſtimmen, als wäre das Vermögen ausſchließlich ein alodiales. Es iſt alſo die Größe deſſelben mit Berückſichtigung des geſammten Vermögens des Vaters und zugleich des Standes der Eheleute zu beſtimmen, welche beide Verhältniſſe alſo mit einander zu combiniren ſind [1]).

Jedenfalls iſt ſo viel unzweifelhaft, daß die Reverſalen durch die berührten Artikel an dem Erbrecht nichts geändert haben, weder in Betreff des Lehens, noch des Alodes.

B. Es wird nun aber behauptet, daß ſich nach der Zeit der Reverſalen ein Herkommen darüber, wie viel von dem alodialen und feudalen Vermögen als Brautſchatz verlangt werden dürfe, gebildet habe, und zwar wird demnach dieſem Herkommen der Tochter gebührenden Theil

1) l. 60. l. 69. §. 4. D. de jure dotium (23. 3.)

des gesammten Vermögens die Natur eines Erbtheils beigelegt.

Diese Ansicht ist besonders von von Kamptz [1]) vertreten, und gegen dieselbe die Schrift von Kämmerer [2]) gerichtet. Die in der letzten Schrift enthaltenen Gegengründe sind aber theils so in derselben zerstreut, theils können sie durch andere Gründe verstärkt werden, daß es nicht genügen kann, lediglich auf dieselbe zu verweisen.

Das Herkommen wird bei von Kamptz auf folgende Weise behauptet und begründet:

> Nach einem alten allgemeinen Landesgebrauch sind die Erbansprüche der Töchter eines Lehnmannes nicht auf dessen Alodialvermögen beschränkt, sondern erhalten dieselben auch aus dem Lehnsvermögen nicht bloß Alimente, sondern auch neben der Aussteuer als Brautschatz einen Erbtheil. Dieser, seit alter Zeit üblich gewesene Grundsatz ist später gesetzlich bestätigt (Reversalen). Das Verhältniß und das Maaß der Theilnahme der Tochter an der väterlichen Lehnsverlassenschaft anlangend, so ist seit langer Zeit hergebracht, daß das väterliche Lehnsvermögen nach billigen Grundsätzen abgeschätzt und dessen solchergestalt abgeschätzter Betrag mit der Alodialverlassenschaft zusammen zu einer gemeinschaftlichen Erbschaftsmasse constituirt wird, und daß diese Masse, nach Abrechnung der Lehns- und Alodialschulden unter die Söhne und Töchter dergestalt vertheilt wird, daß davon jede Tochter an Erbtheil

---

1) Handbuch des mecklenburgischen Civil-Rechts 1824. §. 209.

2) Beitrag zur Lehre von der aus dem Lehn zu entrichtenden Brautgabe. Rostock 1839.

am Lehn und Alodium die Hälfte des, davon auf jeden Sohn fallenden Erbtheils, mithin jeder Sohn den doppelten Erbtheil jeder Tochter erhält. Wenn gleich dieser Gebrauch weder gesetzlich, noch auch, so viel bekannt, in contradictorio bestätigt ist; so ist er doch seit langen Jahren fast allgemein bei Erbtheilungen zum Grunde gelegt, und sowohl lehnherrlich, als obervormundschaftlich anerkannt, so wie auch von den vaterländischen Juristenfacultäten und Rechtsgelehrten als landüblicher Grundsatz angenommen.

Aus dem, was sodann über die Anwendung dieser Grundsätze bemerkt wird, erhellt noch deutlicher, daß dieses Herkommen so gedacht ist:

Es giebt dasselbe allen Töchtern einen Erbantheil an dem Lehen und einen verminderten Erbantheil an dem Alod; dieser doppelte Erbantheil ist eine Abfindung von dem Recht auf Alimente und Aussteuer, die Tochter ist Erbin ihres Vaters in Betreff des doppelten Erbantheils, es gilt dieses Alles für alte, wie neue Lehen [1]).

C. Diesem Herkommen treten die bedeutendsten Gründe, insbesondere der Widerspruch desselben mit andern dennoch anerkannten Rechtssätzen entgegen, und die für dasselbe geltend gemachten Gründe enthalten keinen hinreichenden Beweis.

Es sind folgende Gründe, aus welchen das Herkommen sich ergeben soll.

1. Daß die Töchter aus dem Lehnsvermögen als Brautschatz einen Erbtheil verlangen können, dafür wer-

1) v. Kamptz §. 209. II. bis V.

den bei von Kamptz theils mehrere Schriftsteller angeführt [1]), theils wird behauptet, daß dieser Satz in den Reversalen Art. 27 und 31. gesetzlich bestätigt sei [2]). Die angeführten Schriftsteller behaupten diesen Satz aber gar nicht, wie sich theils im Verlauf unserer Erörterung ergeben wird, theils aus Kämmerer [3]) erhellt, auch würden solche Aeußerungen, welche nur im Allgemeinen das Erbrecht der Töchter behaupten, ohne dasselbe der Quote nach näher zu bestimmen, nicht releviren können. Die Reversalen aber erwähnen eines Erbtheils der Töchter mit keinem Wort, und sie enthalten auch der Sache nach nichts, was auf einen solchen irgend hindeutete. Denn es fehlt an allem Grunde, das dafür möglicherweise geltend zu machende Wort Abfindung in Art. 31., wenn es überhaupt auf das Recht der Töchter zielte, von der Tilgung eines Erbrechtes der Töchter zu verstehen.

2. Für das behauptete Herkommen in seinem ganzen Umfang, also den Erbtheil und die Größe des Erbtheils betreffend, wird zunächst geltend gemacht, daß dieser Gebrauch schon seit langen Jahren fast allgemein bei Erbtheilungen zum Grunde gelegt worden sei.

Es wird hiermit aber nur eine Thatsache behauptet, welche, die Richtigkeit derselben vorausgesetzt, dahin zu prüfen sein wird, ob aus derselben der behauptete Rechtssatz entnommen werden kann.

Was von Kämmerer [4]) angeführt wird, um diese Thatsache zu bestreiten, ist unerheblich. Denn es ergiebt nur, daß die älteren drei Lehnrechtsprojecte dieses

1) Note 2.
2) Note 4.
3) S. 21. 22. Note 2. S. 48. 50. 51. Note 11.
4) S. 43 — 58.

Gebrauches nicht erwähnen [1]), das vierte zwar eines solchen als bestehend gedenkt, aber ihn für nicht bindend erklärt [2]), und daß die angeführten Schriftsteller des 17ten Jahrhunderts und die des 18ten Jahrhunderts bis auf Mantzel einer solchen Theilungsart gar nicht gedenken [3]). Mit diesem Allen ist es sehr wohl vereinbar, daß seit langen Jahren, z. B. in dem gegenwärtigen oder schon im vorigen Jahrhundert der behauptete Gebrauch bestanden habe. Ebenso wenig ist dieses damit unvereinbar, daß Mantzel 1738 und 1740 für seine Zeit zwar dieser Theilungsart, daneben aber noch einer andern, ebenfalls gebräuchlichen erwähnt, und daß er ein festes Recht, eben weil keine gleichförmige Gewohnheit da sei, in Abrede stellt, und daß sein Zeugniß, wenn er das Gewohnheitsrecht behaupten würde, nicht es beweisen würde, da nur sein alleiniges Zeugniß vorläge, indem alle späteren Schriftsteller nur seiner Autorität folgten [4]). Denn aus Allem diesen folgt für und gegen das spätere thatsächliche Verhältniß, wie es, von nun an zurückgerechnet, seit langen Jahren bestanden haben soll, offenbar gar nichts. Auch giebt Kämmerer selbst [5]) das Thatsächliche zu, es sei sehr oft die erwähnte Theilungsart zwischen Brüdern und Schwestern vorgekommen.

3. Was für die lehnsherrliche und obervormundschaftliche Anerkennung des behaupteten Herkommens geltend gemacht wird [6]), ist für erstere eine Aeußerung des Kanzlers von Klein, für letztere, außer der Be-

1) S. 44 — 47.
2) S. 47. 75. 76.
3) S. 48 — 52.
4) S. 52 — 58.
5) S. 33.
6) v. Kamptz Note 7.

rufung auf die Notorität, ein Commissorium des Hof- und Landgerichts an den Landrath von Flotow vom 7. Juli 1798.

Allein eine lehnsherrliche Anerkennung läßt sich nicht nachweisen, und die bei von Kamptz angeführten Worte von Kleins sind aus dem Zusammenhang gerissen, indem sie eine ganz andere Frage treffen, wie dieses Kämmerer [1]) nachgewiesen hat.

In dem erwähnten Commissorium aber wird nicht von der fraglichen, sondern von der ältern Theilungsart, nämlich der Theilung nur des Lehns nach einer Portion gegen zwei gesprochen, und auch nur das wird gesagt, daß sie oft und gewöhnlich sei, indem ausdrücklich bemerkt wird, daß die Frage, ob der Tochter eine halbe Portion zustehe, eine rechtliche Untersuchung erfordere [2]).

4. Der Gebrauch soll auch von den vaterländischen Juristenfacultäten als landüblicher Grundsatz angenommen worden sein [3]).

Allein diese Behauptung beruht auf Mißverständnissen und Entstellungen.

Es werden für dieselbe einige Stellen aus sechs Gutachten der Juristenfacultät zu Rostock aus den Jahren 1704, 1742, 1739, 1721, 1740, 1794 angeführt. Wir besprechen dieselben, um die Vergleichung des hier Angedeuteten mit der Schrift von Kämmerer [4]) zu erleichtern, in chronologischer Ordnung, wie dieser es thut.

a. Das erste Gutachten von 1704 [5]) erwähnt nicht

---

1) S. 58 — 65.

2) Kämmerer S. 66. 67. 104. 105.

3) Kamptz Note 8.

4) S. 67 — 78.

5) Mantzel jus Meckl. et Lubec. illustratum Rostochii 1751 S. 36 jud. LXIV. und ausreichend auch bei Kämmerer S. 68. 69.

der fraglichen, ſondern der älteren Theilungsart, und bemerkt von dieſer, daß ſie meiſtentheils vorkomme.

b. Das zweite von 1721 [1]) billigt, mit Berufung auf das gemeine Recht, welches auch in Mecklenburg gebräuchlich ſei, und auf die Reverſalen §. 27, der Tochter und reſp. Schweſter nur einen Brautſchatz und Alimente aus dem Lehen zu, und gedenkt der fraglichen Theilungsart gar nicht, wohl aber der älteren.

c. Das dritte von 1739 [2]) ſpricht nur von dem Recht der Geſchwiſter an dem Nachlaß des Bruders, und giebt den Schweſtern an dem Alod gleiches Recht mit den Brüdern, an dem Lehen gar kein Erbrecht.

d. Das vierte von 1740 [3]) erwähnt der fraglichen Theilungsart gar nicht, wohl aber der älteren.

e. Das fünfte von 1742 [4]) erwähnt der fraglichen Theilungsart ebenfalls gar nicht, wohl aber der älteren.

f. Das ſechste Gutachten von 1794 [5]) erwähnt allerdings der fraglichen Theilungsart, aber nur dahin, daß es den Geſchwiſtern anräth, ſich über dieſelbe gütlich zu vereinigen. Es wird in demſelben Gutachten, und keineswegs in einem andern ſpätern, wie von Kamptz [6]) es ſtellt, bemerkt, daß dieſe Theilungsart eine rechtsverbind-

---

1) Mantzel a. a. O. S. 187. 188 und vollſtändig auch bei Kämmerer S. 69. 70.

2) Mantzel a. a. O. S. 149.

3) Mantzel a. a. O. S. 207. 208 jud. 32.

4) Mantzel a. a. O. S. 132 — 135 jud. 23.

5) v. Kamptz Beiträge zum mecklenb. Staats- und Privatrecht. Bd. 5. 1805 S. 388 — 404 und auszugsweiſe bei Kämmerer S. 77 und S. 78 Note 26 und S. 57, 58. Es ſind beſonders zu vergleichen S. 398 Nr. 14. S. 399 sub a. S. 402.

6) S. 727.

liche Observanz nicht für sich habe, wie Mantzel [1]) behaupte, weil das Zeugniß dieses einen Schriftstellers kein jus consuetudinarium erweise, und es an einem anderweitigen hinlänglichen Beweise fehle.

Aus dem Angeführten erhellt, daß auch nicht in einem der angezogenen Gutachten das fragliche Herkommen anerkannt, vielmehr es, abgesehen von dem ganz irrelevanten dritten, in allen theils stillschweigend, theils ausdrücklich verworfen worden ist.

5. Der Gebrauch soll auch von vaterländischen Rechtsgelehrten als landüblicher Grundsatz angenommen sein [2]).

Allein die angeführten sechs Männer behaupten entweder gar nicht den Rechtssatz, oder begründen ihn nicht.

a. Scharff [3]) hat nichts über das fragliche Herkommen.

b. Müller (de Lowtzow) [4]) gedenkt, wenn man die mitgetheilte Stelle in ihrem Zusammenhang vergleicht, einer Theilung nach dem Tode des Vaters gar nicht.

c. Mantzel, von welchem einige Stellen aus zwei Dissertationen [5]) ganz verstümmelt und entstellt mitgetheilt

---

1) de femina Meckl. cap. II. §. 4.

2) v. Kamptz Note 9. S. 728 — 733.

3) D. J. Scharff consultationes juris. Suerini 1717 cons. LXXXII. No. 52. Die Stelle steht vollständig bei Kämmerer S. 51. Note 11.

4) C. M. Müller (de Lautzow) diss. de virgine nobili Meckl. Rostochii 1701 cap. III. §. 8. Die Stelle steht vollständig bei Kämmerer S. 48. 49.

5) Mantzel (Schaumkell) de foemina Mecklenb. Rostochii 1738 cap. II. §. 4. Die Stelle ist bei Kämmerer S. 53 — 55 vollständig abgedruckt.

Mantzel (Vogel) de successione descendentium. Rostochii 1740. Sect. I. §. 3. Die Stelle ist bei Kämmerer S. 55 vollständig abgedruckt.

ſind, erwähnt in der erſteren von 1738 zwar der Thatſache, daß die berührte Theilungsart faſt immer vorkomme, wenn das Alod nicht bedeutend ſei, ſtellt aber ein feſtes Recht ausdrücklich in Abrede, weil keine gleichförmige Gewohnheit daſei, und bemerkt in der andern von 1740, indem er ebenfalls der Thatſache: zwei Theile und einen Theil, gedenkt, und zwar nur in dieſer Allgemeinheit, ſo daß ſeine Bemerkung auf beide Theilungsarten bezogen werden kann, daß es nicht ſein Zweck ſei, die Rechtsfrage zu unterſuchen.

Dazu kommt, daß Mantzel in dem etwas ſpäter fallenden Entwurf des Mecklenb. Lehnrechts 1757 [1]) erklärt, daß die Thatſache der geſchehenen Theilungen nach einem Drittheil und zwei Drittheilen nicht ſo beſchaffen ſei, um einen Rechtsſatz herauszuſtellen.

d. Von Baleke ſind einige Stellen aus drei Werken angeführt.

In dem der Zeit nach erſten Werk, den handſchriftlichen Bemerkungen über Mantzels Entwurf des mecklenb. Lehnrechts [2]), welche Bemerkungen wahrſcheinlich aus dem Jahre 1758 herrühren [3]) und welche, ſo weit ſie hier in Betracht kommen, v. Kamptz [4]) hat abdrucken laſſen, wird allerdings die fragliche Theilungsart für eine „unſtreitige, rechtsgültige, mecklenburgiſche Obſervanz" erklärt.

Es hat aber Baleke dieſe ſeine Behauptung ſpäter zurückgenommen.

---

1) Tit. 13. S. 106, 107. Die Stelle iſt auch abgedruckt bei Kämmerer S. 75, 76.

2) Titel 13. Abſatz 4.

3) Vgl. Kämmerer S. 86. Note 28.

4) Beiträge zum Mecklenb. Staats- und Privatrecht Bd. 6. 1805 S. 325. 326.

Denn in dem zweiten Werk, der Abhandlung von dem Erbjungfrauenrecht [1]), aus welchem von Kamptz nur einige Zeilen mittheilt, bemerkt er, daß den Reverſalen, welche nur einen Brautſchatz aus dem Lehen, deficiente alodio, zubilligen, zwar ein altbekanntes Herkommen entgegenzuſtehen ſcheine, daß aber dieſer Gebrauch noch nicht die Probe halte, daher zu verneinen ſei. Dabei beruft er ſich auf eine von ihm im Namen der Facultät gemachte Belehrung, „wornach auch die Endurtel ausgefallen," in welcher ein derartiges rechtsgültiges Gewohnheitsrecht in Abrede genommen werde.

In dem dritten Werk (Notae in Moelleri usum) [2]) wird ebenfalls die fragliche Theilungsart hervorgehoben, aber ebenſo, wie es von Mantzel [3]) geſchieht, welcher auch citirt und faſt wörtlich benutzt iſt, nur als eine thatſächlich regelmäßig vorkommende.

e. Die aus den Bemerkungen des Kloſterhauptmanns von Preſſentin zu dem Mantzelſchen Entwurf hervorgehobene Stelle [4]) bemerkt zwar, daß es Herkommen ſei, daß zur Theilung mit den Töchtern geſchritten werde, und dieſe eine Erbrate erhielten, bemerkt aber über die Größe dieſer letzteren gar nichts.

---

1) Roſtock 1762. Cap. III. §. 6. S. 48, 49. Die Stelle ſteht auch bei Kämmerer S. 82. 83.

2) C. H. Mölleri primae lineae usus practici distinctionum feudalium. Accedunt animadversiones Jacobi Henrici Baleke, et J. Christiani Woltaer. Rostochii 1775. cap. XXI. dist. 3. Note 21. pag. 532. Die Stelle ſteht vollſtändig bei Kämmerer S. 80. 81. doch verweiſet Baleke nach dem Wort adstipulatur auf ſeine Abhandlung vom Erbjungfrauenrecht. cap. III. §. 16.

3) de femina Meckl. cap. II. §. 4.

4) v. Kamptz S. 730. 731.

f. Die aus dem Gutachten des Geheimraths von Schmidt entnommene Stelle [1]) gedenkt zwar der Theilung nach je einem und je zwei Theilen, aber ohne anzugeben, ob dieſe Theile nur von dem Lehn, oder vom Alod und Lehn zu rechnen ſein. Dieſes Zeugniß iſt alſo ſo wenig, wie das vorige, relevant.

D. Sind ſonach die von v. Kamptz geltend gemachten Gründe nicht für das Herkommen, ſo ſind anderſeits die bedeutendſten Gründe gegen daſſelbe.

Es ſind zunächſt folgende äußere Gründe, welche gegen das fragliche Herkommen ſprechen.

Was die Schriftſteller anlangt, ſo wird vor Mantzels angeführter Diſſertation [2]) der fraglichen Theilungsart nicht gedacht. Die ſpäteren Schriftſteller, welche für das fragliche Herkommen auf ihn ſich ſtützen und berufen, entbehren aller Auctorität, weil er nur das Thatſächliche anerkennt, den Rechtsſatz aber verwirft. Gegen den Rechtsſatz iſt außer der Auctorität Mantzels von 1738 und 1757 (vergl. oben C. 5. c.) auch die von Baleke von 1762 und 1775 (vergl. oben C. 5. d.) und die von Eſchenbach [3]): „Eine andere Gewohnheit der erſten Hälfte des vorigen Jahrhunderts, da man den zuſammengeworfenen Lehn- und Alodial-Nachlaß des Vaters unter Söhne und Töchter ungleich vertheilte, hat in der Folge keinen Beifall weiter gefunden.“

Beſonders iſt es aber die Juriſtenfacultät der Landesuniverſität, welche ſich in mehreren Erachten [4]) ge-

1) v. Kamptz S. 731 — 733.

2) de femina Meckl. 1738.

3) Oſterprogramm vom 14ten April 1816 (enthaltend die erſte Hälfte einer Einleitung zu einem Handbuch des Lehnrechts) S. 7.

4) Bei Kämmerer S. 96 — 101.

gen das Daſein eines herkömmlichen Rechtsſatzes, wonach der Tochter halb ſo viel, als dem Sohne gebühre, ausgeſprochen hat. Nämlich in einem Erachten von

1. 1735 [1]). Es wird die factiſche Regel („öfters"), daß jede Tochter halb ſo viel als der Sohn haben ſoll, anerkannt, die juriſtiſche aber verworfen. Der Grund iſt nur: es werde nicht erweislich ſein, daß der angegebene Landesgebrauch durch praejudicata in contradictorio feſtgeſetzt ſei, und dasjenige, was bei außergerichtlichen Theilungen in Güte beliebt worden, würde keinen Landesgebrauch darthun, bei welchem man in judicando verbleiben müſſe. Es wird auch ausdrücklich hervorgehoben, daß den Söhnen ein, die Tochter gänzlich ausſchließendes Erbrecht in die Lehen zuſtehe. Es ſind damit beide Theilungsarten aufs deutlichſte als Rechtsſatz verworfen worden.

2. 1736 [2]). Es heißt: „Auch iſt der Landesgebrauch, daß einer jeden Tochter halb ſo viel, als einem Sohne aus dem Lehn gezahlet wird, in contradictorio durch praejudicia, ſo viel uns wiſſend nimmer feſtgeſetzt, und was in außergerichtlichen Theilungen in Güte beliebt worden, kann keinen Landesgebrauch, bei welchem künftig ein Richter bleiben müßte, darthun." — Es ſind alſo beide Theilungsarten als Rechtsſatz verworfen.

3. 1757 [3]). Es bemerkt, daß die Töchter im Lehn gar kein Succeſſionsrecht haben, mit Berufung auf das gemeine Recht, und daß die Theilungsart mit Zuſammen-

---

1) Ungnaden amoenitates dipl. histor. jurid. 1749. S. 129—152. Es gehört hierher S. 150. 151. 142. 143.

2) Mantzel selecta juridica Rostoch. fasc. IV. Rostochii 1747 spec. 16. qu. 3. S. 125. 126.

3) Bei Kämmerer S. 100 erwähnt, und S. 114—121 mitgetheilt.

werfung des Alods und Lehns in eine Maſſe zwar ſehr häufig vorkomme, aber nicht ein rechtsgültiges Gewohnheitsrecht bilde, da ſie immer nur per amicabilem compositionem Statt gefunden, wofür auch auf Schaumkell (Mantzel) Bezug genommen wird. — Es wird alſo nur der zweiten Theilungsart gedacht.

4. 1758 [1]). Es verwirft das angebliche Gewohnheitsrecht, daß eine Tochter ein Erbrecht in das Lehn habe, aus dem Grunde, weil es an den Requiſiten eines ſolchen fehle, weil es dem Intereſſe des Lehnsherrn, „daß ſonſtigen Alodialerben keine ordentlichen Erbportionen aus dem „Lehn zugeeignet werden," präjudizirlich ſei, und weil es überdies contra legem, nämlich das gemeine Lehnrecht, ſein würde. — Es verwirft alſo beide Theilungsarten.

5. 1776 [2]). In dem Erachten wird für die Frage, nach welchem Verhältniß die Größe eines gebührlichen Brautſchatzes zu beſtimmen ſei, lediglich auf die Reverſalen verwieſen, und keiner der beiden Theilungsarten gedacht [3]).

6. 1794. Dieſes Erachten [4]) beſtreitet der Theilungsart, welche das Alod und Lehen zu einer Maſſe zuſammenwirft, den Charakter eines jus consuetudinarium, und bemerkt ausdrücklich, daß die Töchter nicht coheredes in Betreff des Lehngutes ſeien. — Der älteren Theilungsart erwähnt es gar nicht.

---

1) Bei Kämmerer S. 101 erwähnt, und S. 122 — 125 mitgetheilt.

2) Dieſes Erachten iſt nicht gedruckt, und befindet ſich im Archiv der Juriſtenfacultät zu Roſtock.

3) Vergl. Kämmerer S. 98. 99.

4) Es iſt C. 4. f. erwähnt worden.

7. 1817 [1]). In dieſem Erachten wird bemerkt, daß der Landesgebrauch, nach welchem den Töchtern aus dem zuſammengeworfenen Lehn und Erbe halb ſo viel, als den Söhnen gebühre, nicht als ein jus consuetudinarium beſtätigt ſei, mit Berufung auf Balecke [2]). Es wird hier zwar, nach den vorgelegten Thatſachen, nur ſo erwähnt, daß er dem Recht der Töchter auf ein Mehreres, als die Hälfte deſſen, was die Söhne erhalten, nicht entgegenſtehe, wenn das Alod groß ſei; allein daß er auch, inſofern er die Söhne benachtheiligen würde, verworfen wird, ergiebt ſich daraus, daß er überhaupt als jus nicht anerkannt wird. — Der erſten Theilungsart wird in dem Gutachten gar nicht gedacht.

Einige andere Erachten, welche Kämmerer mittheilt, ſind für die Rechtsfrage weniger bedeutend.

1. Ein Erachten des engeren Ausſchuſſes vom Februar 1821 [3]) bemerkt, daß die Theilung jetzt gewöhnlich in der fraglichen Art vorkomme, aber freilich immer nur vergleichsweiſe. Nur dieſes iſt bemerkt, und zwar ohne alle weitere Ausführung.

2. Ebenſo äußert ſich das Erachten des Bürgermeiſters Wulffleff zu Neubrandenburg: die fragliche Theilungsart ſei das gewöhnliche Reſultat der durch Vergleich herbeigeführten Auseinanderſetzung [4]).

3. Das zum Landtags-Protocoll vom 20ſten Nov. 1822 abgegebene Dictamen des Landrathes von Der-

---

1) Beilagen zu den wöchentlichen Roſtockſchen Nachrichten von 1829. Stück 23. 24. S. 89—95. Es gehören hierher S. 93. 94.

2) notae ad Moeller. Note 21. S. 532.

3) Bei Kämmerer S. 102 erwähnt, und S. 125—129 mitgetheilt.

4) Kämmerer S. 134.

tzen auf Kittendorf bestätigt, indem es sich über die Rechtsfrage schwankend äußert („ein solches abänderndes Gewohnheitsrecht möchte kaum stattfinden"), das Thatsächliche, daß die fragliche Theilungsart, mit Zusammenwerfung von Alod und Lehn, vorkomme, und bemerkt dabei 1822, daß dieselbe nur Praxis der neuern, ja selbst nur der neuesten Zeit zu sein scheine [1]).

Ob durch ein richterliches Erkenntniß das Erbrecht der Töchter in das Lehn anerkannt oder aberkannt sei, muß dahin gestellt bleiben. Das Letztere behauptet zwar Kämmerer [2]). Allein die dafür angezogene Behauptung Balekes in den oben (B. 5. d.) angeführten Worten: „wornach auch die Endurtel ausgefallen" kann in Betreff ihrer Glaubwürdigkeit nicht geprüft werden [3]) und die weiter geltend gemachte Sentenz vom 8ten März 1757 und confirmatorische vom 24sten April 1759 ist deshalb nicht entscheidend, weil in Betreff beider nicht ersichtlich ist, aus welchen Gründen, ob aus rechtlichen oder factischen, der Anspruch auf eine Erbportion der Tochter verworfen ward.

E. Ist sonach das fragliche Herkommen nicht dargethan, so bleibt doch die Frage, ob nicht die andere Theilungsart, nach welcher

> die Söhne und Töchter das Alod zu gleichen Theilen, dagegen das Lehen so erben, daß von demselben den Söhnen je zwei, den Töchtern je ein Theil gebührt,

---

1) Bei Kämmerer S. 103 erwähnt, und S. 130 — 133 mitgetheilt.

2) S. 99 — 101.

3) Vgl. Kämmerer S. 83. Note 13.

ein älteres, vielleicht noch jetzt geltendes Herkommen für sich habe.

Schwerlich läßt sich aber für dasselbe eine irgend bedeutende Auctorität anführen. Wo dessen Erwähnung geschieht, wird fast immer, wenn auch die Theilungsart als eine nicht seltene, ja häufige Thatsache anerkannt wird, doch ein derselben unterliegender Rechtssatz in Abrede gestellt.

Es sind nun zunächst folgende äußere Gründe, welche gegen dieses Herkommen sprechen.

Von der Juristenfacultät der Landesuniversität wird der fraglichen Theilungsart in mehreren Erachten gedacht.

1. Zuerst in dem bereits oben (C. 4. a.) erwähnten Erachten von 1704. Es wird aber darin nur die Antwort gegeben: „daß in Mecklenburg meistentheils die Töch„ter aus den Lehngütern einen Theil, die Söhne aber zwei „Theile bekommen; was aber alodial, wird gleich getheilt." Als eine Regel des Rechts ist dies offenbar nicht aufgestellt.

2. In dem oben (C. 4. b.) erwähnten Erachten von 1721. Es wird aber, weil die consuetudo lubrica sei, lediglich auf das gemeine Recht und die Reversalen Bezug genommen.

3. In dem oben (D. 1.) erwähnten Erachten von 1735, in welchem beide Theilungsarten aufs deutlichste als Rechtssatz verworfen werden.

4. In dem oben (D. 2.) erwähnten Erachten von 1736, in welchem ebenfalls beide Theilungsarten als Rechtssatz verworfen werden.

5. In dem oben (C. 4. d.) erwähnten Erachten von 1740. Die Theilungsart wird hier allerdings für einen

durch „beſtändiges Herkommen" feſtſtehenden Rechtsſatz erklärt, und daraus der Schluß gezogen, daß die Tochter von der ihr ſo gebührenden Erbportion ab intestato den Pflichttheil verlangen könne.

Allein ſchon im Jahre 1742 erklärte ſich die Juriſtenfacultät, wie früher, gegen den Rechtsſatz.

6. In dem oben (C. 4. e.) erwähnten Gutachten von 1742. Es wird hier nur das thatſächliche Verhältniß der fraglichen Theilung anerkannt, und daher am Schluß den Töchtern, welche mit den Brüdern gleichen Strang von der Taxe der Lehngüter ziehen wollen, gerathen, wie es von je her ihnen gerathen worden ſei, ſich gegen die Theilungsart nicht zu ſperren; dahingegen wird ein durch das Herkommen feſtſtehender Rechtsſatz in Abrede geſtellt.

7. In dem oben (D. 4.) erwähnten Erachten von 1758, welches beide Theilungsarten verwirft.

8. In dem oben (D. 5.) erwähnten Erachten von 1776, in welchem keiner der beiden Theilungsarten gedacht wird, werden dieſe damit ſtillſchweigend verworfen.

Außerdem wird der fraglichen älteren Theilungsart gedacht

9. in einem bei Kämmerer [1]) erwähnten Gutachten zweier nicht genannter doctores aus Schwerin und Wismar vom Jahr 1735 [2]). Nur das Thatſächliche wird anerkannt als ein mecklenburgiſcher Gebrauch, dahingegen was das Recht betrifft, ausdrücklich bemerkt, daß ſo nur die Größe des Brautſchatzes ausgemittelt werde, indem die Töchter kein Recht hätten, in Lehngütern mit den Söhnen zu ſuccediren, oder zu theilen.

---

1) S. 79. Note 3.

2) Bei Ungnaden amoenitates dipl. histor. juridicae 1749. S. 787 — 792.

10. Bei Mantzel [1]). Er bemerkt hier, daß die fragliche Theilungsart bei großem Alod vorkomme, ſtellt ſie aber nur als eine factiſche, nicht als eine juriſtiſche Regel hin.

11. Bei Baleke [2]). Es wird aber der Gebrauch, der ſo allgemein bezeichnet iſt, daß er von der einen, wie andern Theilungsart verſtanden werden kann, für unprobehaltig erklärt.

Auch in der oben (C. 5. d.) erwähnten Stelle [3]) gedenkt Baleke der fraglichen Theilungsart, aber nur als einer bei großem Alod thatſächlich regelmäßig vorkommenden, indem er, unter Verweiſung auf ſeine Abhandlung vom Erbjungfrauenrecht [4]) einen herkömmlichen Rechtsſatz in Abrede ſtellt.

Es iſt bei dieſer ſpätern Meinung Baleke's ſeine frühere ohne Bedeutung. Dieſe geht in den zu Mantzels Lehnrechtsentwurf 1757 [5]) gemachten Bemerkungen [6]), die, wie bemerkt, wahrſcheinlich aus dem Jahre 1758 herrühren, dahin, daß der hier verworfene, angebliche Landesgebrauch (es iſt die jüngere Theilungsart: „gleich durch") „eine unſtreitige, rechtsgültige, mecklenburgiſche Obſervanz ſei," wofür auf Schaumkell [7]) Bezug genommen wird, und „dieſe daher auch beibehalten werden

---

1) diss. de femina Mecklenb. 1738. cap. II. §. 4.

2) Erbjungfrauenrecht 1762 cap. III. §. 16. S. 48. 49.

3) Note 21 zu Möller primae lineae usus practici 1775. S. 532.

4) cap. III. §. 16.

5) Tit. XIII. Abſatz 4.

6) Sie ſtehen ſoweit in von Kamptz Beiträgen zum mecklenburgiſchen Staats- und Privatrecht. Bd. 6. 1805. S. 325. 326.

7) de foemina Mecklenb. c. II.

„müſſe, wobei aber zu inſeriren, daß die Töchter in den „alodiis, ſofern ſie von einiger Wichtigkeit ſind, mit denen „Söhnen gleiche portiones erlangen.“ Die Meinung geht alſo dahin, daß die jüngere Theilungsart und bei bedeutendem Alod die ältere eintreten müſſe, weil dieſes eine rechtsgültige Obſervanz für ſich habe. Die Berufung auf Schaumkell, d. i. Mantzel, nimmt dieſer Meinung deshalb, abgeſehen davon, daß die frühere Anſicht Mantzels gegen deſſen ſpätere Anſicht beweiſen ſoll, alle Bedeutung, weil jene frühere Anſicht mißverſtanden iſt, da Mantzel einen feſten Rechtsſatz ausdrücklich in Abrede ſtellt.

Nach Baleke 1775 wird, wie es ſcheint, dieſer älteren Theilungsart nicht mehr gedacht.

F. Zu den angeführten äußeren Gründen gegen das eine, wie das andere Herkommen, daſſelbe als Rechtsſatz gedacht, kommen die erheblichſten inneren Gründe hinzu.

Es treten beide Theilungsarten, wenn ihnen ein Rechtsſatz unterliegen ſoll, welcher den Töchtern ein Erbrecht in das Lehen giebt, in Widerſpruch mit andern, dennoch anerkannten Rechtsſätzen. Danach kann in dem, wenn auch noch ſo gewöhnlichen, Factum nicht eine Anwendung eines durchgreifenden erbrechtlichen Rechtsſatzes gefunden werden, da ein ſolcher widerſinnig ſein würde, ſondern nur eine unter Berückſichtigung der gerade vorliegenden beſtimmten Verhältniſſe im einzelnen Fall von den Intereſſenten als billig, als angemeſſen erachtete, und daher gütlich gewollte und vereinbarte Vertheilung des activen Werthes des Lehn- oder des geſammten Nachlaſſes.

Der Rechtsſatz des jüngeren Herkommens ſoll ſein: der Tochter ſteht ein Erbrecht in das Lehen zu, welches ſie bis dahin nicht hatte, und ein geringeres in das Alod,

als sie bis dahin hatte. Sie erbt mit dem Bruder in Alod und Lehn, aber in beides zu geringerem Theil, als der Bruder. Dieses Erbrecht steht der unverheiratheten, wie der verheiratheten Tochter zu, denn das frühere Recht der Tochter auf Alimente und einen Brautschatz ist in dieses neue Erbrecht aufgegangen. — So wird das Herkommen, nämlich der Rechtssatz, bei von Kamptz gedacht.

Dieser Rechtssatz würde offenbar nicht eine Ergänzung der Reversalen, sondern ein neuer Rechtssatz gegen die Reversalen sein. Denn er vernichtet das von diesen anerkannte Recht auf Alimente und auf einen Brautschatz als solchen, statt dasselbe zu bestimmen, und giebt den Töchtern ein Erbrecht, welches sie nicht hatten, und beschränkt das Erbrecht, welches sie hatten.

Dieser neue Rechtssatz soll sich als eine allgemeine Rechtsüberzeugung ausgesprochen haben in einer Menge von Erbtheilungen zwischen Geschwistern. In diesen findet er, wenn überhaupt, seine ausschließliche Begründung, denn eine Anerkennung desselben von andern Seiten fehlt gänzlich.

Der Rechtssatz kann geprüft werden mit Hinwegdenkung eines vorhandenen Alods. Denn auch für diesen Fall soll er gelten. Durch das vorhandene Alod verringert sich nur der Nachtheil, den der Sohn durch die Concurrenz der Tochter hat, weil er durch den größern Antheil am Alod ($\frac{2}{3}$ statt $\frac{1}{2}$) für diese Concurrenz in etwas entschädigt wird. Einen Vortheil durch dieses neue Erbrecht würde der Sohn nur dann haben, wenn der Werth des Alods den des Lehns um eine bestimmte Größe, welche sich ausrechnen läßt, und nach Verschiedenheit der Fälle verschieden ist, übersteigt. Aber gerade für den Fall,

daß „das Alod sehr bedeutend gegen das Lehnsvermögen ist," soll, nach Kamptz [1]), das Herkommen nicht gelten. Dieser unbestimmte Zusatz macht den ganzen Rechtssatz bedeutungslos, wenn man ihn nicht bestimmt von einem Uebersteigen des Werthes um jene Größe verstehen will. Dann aber ist das Herkommen auf den Fall beschränkt, daß durch dasselbe die Tochter gar nicht leidet. Durch die Behauptung des neuen Erbrechts ist also lediglich eine Benachtheiligung der Söhne bezweckt, und der behauptete Rechtssatz ist mithin ganz einfach der: die Tochter hat neben dem Sohn ein Erbrecht in das Lehn, und zwar sie auf $\frac{1}{3}$, er auf $\frac{2}{3}$.

Sonach fällt denn dieses neueste Herkommen ganz zusammen mit dem früheren, nach welchem, ohne daß das Erbrecht in das Alod alterirt werde, der Tochter $\frac{1}{3}$, dem Sohne $\frac{2}{3}$ vom Lehn gebühren soll. Nur ein anderer Ausdruck für dieses letzgenannte Herkommen ist gefunden.

Es steht also für die Prüfung des zweifachen Herkommens lediglich der Satz zur Frage: ob ein Herkommen für den Rechtssatz beweislich ist, daß die Tochter neben dem Sohn ein Erbrecht in das Lehn auf einen Drittheil habe.

In der Prüfung dieses Satzes ist die des behaupteten zweifachen Herkommens vollständig enthalten.

Diesem Rechtssatz stehen aber folgende Gründe entgegen.

1. Durch das neue Erbrecht der Tochter neben dem Sohn wird nicht nur der Sohn in seinem ausschließlichen Erbrecht, sondern werden auch die Agnaten in ihrem Erbrecht, und wird auch der Lehnsherr in seinem Heimfallsrecht beeinträchtigt.

---

1) §. 209. Note 11.

Freilich kann der Sohn, nachdem er das Lehn geerbt hat, der Schweſter den dritten, wie jeden andern Theil vom Werth des Lehens im Wege der Verſchuldung deſſelben zuwenden, obgleich er auch hierin, wenn das Lehn nur noch auf ſeinen zwei Augen ſteht, durch den Lehnsherrn beſchränkt iſt, und ſonach ſcheint einem Erbrecht der Tochter, unter der Vorausſetzung, daß ein Sohn vorhanden iſt, regelmäßig nichts entgegenzuſtehen. Allein eine ſolche Gabe, die auf ſeinem Willen beruht, iſt von einem Erbrecht der Tochter, welches auch ohne ſeinen Willen da iſt, auch in Betreff der Agnaten und des Lehnsherrn weſentlich verſchieden.

Denn beſteht ein Erbrecht der Tochter neben dem Sohne, ſo würde daſſelbe durch das Daſein eines Sohnes beim Tode des Vaters begründet ſein, und es würde der nach dem Wegfallen des Sohnes eintretende Agnat, oder Lehnsherr um den dritten Theil des Lehns verkürzt ſein, oder, wenn mehr als eine Tochter neben dem einen Sohn da iſt, um die Hälfte, drei Fünftel, zwei Drittel, fünf Siebentel u. ſ. w.

Es würde danach, ſelbſt wenn in den Auseinanderſetzungen der Geſchwiſter ſich die Anſicht der Söhne ausgeſprochen hätte, daß der Tochter ein Erbrecht zuſtehe, und ſelbſt wenn man hierin eine allgemeine, die Söhne überhaupt bindende Rechtsanſicht finden dürfte, dieſes zur Begründung eines Erbrechts der Tochter nicht genügen, ſondern es müßte eine ſolche Rechtsüberzeugung auch auf Seiten der Agnaten und des Lehnsherrn nachgewieſen werden können. Es würde das auf die Ueberzeugung von der Richtigkeit des Rechtsſatzes hinauskommen, daß der Agnat und der Lehnsherr nicht ſchon in Ermangelung von männlichen Deſcendenten, ſondern erſt in Ermangelung

auch von weiblichen Descendenten in das volle Lehn einrücken dürfe. Für eine solche gemeinsame Rechtsüberzeugung der Agnaten, und eine solche Ansicht der Lehnsherrn läßt sich nun aber auch gar nichts vorbringen, denn daß für sie aus dem, bei den Auseinandersetzungen zwischen Geschwistern beobachteten Verfahren nicht das Mindeste folgt, bedarf kaum der Erwähnung.

2. Wenn ein Erbrecht der Tochter neben dem Sohn bestehen soll, so müßte ein solches, auch wenn kein Sohn da ist, angenommen werden, also auch für den Fall, daß nach dem früheren Recht ein Agnat oder der Lehnsherr einrücken würde.

Denn da in dem neuen Erbrecht die Ansicht sich geltend machen würde, daß das ausschließliche Erbrecht des Mannsstammes nicht mehr Rechtens sei, so würde es ein Widerspruch sein, wollte man das Erbrecht, welches der Tochter neben dem Sohn zustehen soll, ihr neben dem Agnaten absprechen, und wollte man ihr nicht, wenn gar kein lehnssuccessionsfähiger Mannsstamm da ist, ein Erbrecht, sei es auch nur auf einen Theil des Lehns, dem Heimfall des Lehns für den andern Theil gegenüber, zugestehen.

Es hat nämlich gar keinen innern Grund für sich, dem Agnaten des verstorbenen Vasallen ein stärkeres Recht der Tochter gegenüber, als dem Sohn desselben, zuzugestehen; nur das könnte zweifelhaft sein, ob nicht der Agnat durch die Tochter gänzlich ausgeschlossen werde.

Ebenso wenig ist ein innerer Grund dafür erfindlich, daß, wenn der Tochter neben dem Sohn und neben dem Agnaten ein Erbrecht zusteht, ihr gar kein Erbrecht zustehe, wenn es überall am Mannsstamm fehlt; nur das

könnte zweifelhaft sein, ob nicht der Heimfall durch das Erbrecht der Tochter statt für einen Theil gänzlich ausgeschlossen werde, für welches letztere am Ende die Unmöglichkeit sprechen würde, die Größe der Erbquote zu bestimmen, da es schwer sein wird, zu entscheiden, ob der Lehnsherr für einen Sohn, oder für mehrere, und für wie viele gelten soll.

Daß nun aber, wenn männliche Descendenten fehlen, der Tochter neben dem Agnaten, oder gegenüber dem Heimfall des Lehns kein Erbrecht in das Lehen zusteht, das ist ganz entschieden, weil ihr für diesen Fall ein gänzlich anderes Recht, nämlich das Erbjungferrecht, unbestritten bis auf den heutigen Tag zusteht.

3. Ferner steht dem fraglichen Rechtssatz Folgendes entgegen:

Die Anwendung desselben würde dahin führen, daß, wenn die Zahl der Töchter eines verstorbenen Vasallen die der Söhne um mehr als das Doppelte übersteigt, der größte Theil des Lehns von den Töchtern geerbt wird. Der einem Sohne zugefallene Erbtheil kann wieder, wenn er verstirbt, zu dem größten Theil an seine Töchter fallen. Denkt man den Fall, daß ein Vasall mit Hinterlassung eines Sohnes und vieler Töchter verstirbt, und daß dieser Sohn ebenfalls nur einen Sohn und viele Töchter hinterläßt, so wird das Lehen zu einem ganz geringen Theil dem Sohne und fast ganz dem Weiberstamme gehören. Wenn dieser Sohn seinen unbedeutenden Lehnsantheil zu Gunsten des Weiberstammes aufgiebt und was sollte dem entgegenstehen, wenn einmal den Weibern ein Erbrecht überhaupt zusteht? so ist das ganze Lehen bei dem Weiberstamm.

Wie soll nun, bei der Möglichkeit eines solchen Resultates des Rechtssatzes, derselbe in Einklang gebracht werden mit

der Erscheinung, daß ein solches Resultat des prävalirenden Erbrechtes der Weiber gar nicht vorgekommen ist, und wie mit dem Rechtssatz,

daß Männer und Agnaten ausschließlich lehnsfolgefähig und lehnsfähig sind,

daß Weiberlehen als eine Ausnahme gelten,

daß uneheliche Kinder nicht succediren sollen, und wie mit den Rechtssätzen

über das Recht der Schildvettern, welche eines Namens, Schildes und Helmes sein sollen, und

über das Recht der Reversalvettern, welche Agnaten sein sollen, und

über das Recht von deren Leibeslehnserben, und wie mit den Rechtssätzen

über die Revocation und den Retract bei Veräußerung von Lehnsgütern? Sollen auch diese Rechte den Weibern zustehen?

In alle diese Rechtssätze würde der Rechtssatz, daß den Töchtern ein Erbrecht in das Lehen zustehe, erschütternd haben eingreifen müssen, wenn er wirklich bestände. Sie werden aber alle, ohne daß ein solcher Eingriff irgend ersichtlich ist, in ihrer Reinheit gerichtlich und außergerichtlich zur Anwendung gebracht. Diese unverkümmerte Existenz jener Rechtssätze ist ein Beweis gegen den fraglichen Rechtssatz, da sie mit diesem in Widerspruch stehen.

Nach der ganzen vorstehenden Entwicklung besteht ein Erbrecht der Töchter in das Lehen nicht, und beschränkt sich das Recht derselben in Betreff des Lehns auf den Anspruch auf Alimente und auf einen Brautschatz, wie dieser aus den Worten und dem Sinn der Reversalen sich nach der obigen Erörterung herausstellt.

XI.

1. Wenn in Anſehung einer zum Beweis verſtellten Injurie aus der Beweisführung ſich ergiebt, daß eine ähnliche, aber geringere Injurie zugefügt ſei, ſo muß lediglich der Inhalt des Beweisinterlocuts bei Abfaſſung des Endurtheils zur Norm dienen, und es iſt unzuläſſig daſſelbe auf die geringere Injurie zu richten, unter Vergleichung der Koſten wegen Zuvielforderung.

2. Das ſogenannte beneficium restitutionis in integrum wider die Präcluſivkraft der Beweisfriſt (Pr. O. §. 68. vergl. §. 36.) ceſſirt, ſobald ein rechtskräftiges Erkenntniß über das Reſultat der Beweisführung ergangen iſt.

3. Ein nothwendiger Eid kann nach Pr. O. §. 101. §. 105. z. E. §. 153. Nr. 3. nicht durch neuaufgefundene Beweismittel, ſondern, wie der freiwillige, nur durch Meineidsbeweis angefochten werden.

4. Es iſt unzuläſſig, wider ein in weiterer Inſtanz ergangenes abänderndes Erkenntniß bei dem Rich-

ter erſter Inſtanz um Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu bitten, nach gemeinem Recht, wie nach Pr. O. §. 155.

5. Das Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen rechtskräftige Erkenntniſſe ex capite novorum gehört dem Reichsgerichts-, nicht dem gemeinen deutſchen Civilproceß an.

6. Die zur Begründung des Rechtsmittels der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nach Pr. O. §. 153. Nr. 1. zuläſſigen neuen Thatumſtände dürfen auch durch nicht ſchriftliche Beweismittel dargethan werden.

A. Geſchichtserzählung.

In einem, von dem Kaufmann W., einem Ehemann, wider den Fuhrherrn L. beim Städtgericht zu C. am 2ten Mai 1838 anhängig gemachten Injurienprozeſſe iſt jenem durch die in erſter und weiterer Inſtanz reſpective unterm 12ten Juli 1838, 8ten Mai und 13ten September 1839 ergangenen Erkenntniſſe rechtskräftig zum Beweis verſtellt:

daß der Beklagte ſich kurz vor Anſtellung der Klage, mithin Ende April oder Anfang Mai 1838 gegen mehrere Perſonen dahin geäußert:

er habe am Freitag Abend 9 Uhr den Kläger auf dem Bruche hinter des Geſchworenen St. Zaun mit einer Frauensperſon auf der That ertappt.

Der Kläger hat dieſen Beweis durch ſechs Zeugen angetreten. Der erſte, zweite und dritte Zeuge (C. L., M. D.),

vernommen am 30ſten October, reſp. 18ten December 1839, ſtimmen darin überein, daß ſie mit dem Beklagten Ende April 1838 an einem Sonnabend bei dem zweiten Zeugen in einem Spielclubb geweſen. Hier ſoll, nach Ausſage des erſten und zweiten Zeugen, Beklagter geſagt haben: er habe am Abend zuvor in der ſogenannten kleinen Trüter-Straße zwei ſtehen ſehen, und, ſo fügt der zweite hinzu, glaube, daß es Herr W. geweſen: ein Zuſatz, deſſen der erſte ſich nicht genau entſinnt, während Beide ſonſtige Aeußerungen, welche auf die Mittheilung des Beklagten, den Kläger im Ehebruch betroffen zu haben, hindeuten, theils in Abrede nehmen, theils ſich derſelben nicht mehr entſinnen wollen. Der dritte ſagt: Beklagter habe damals erzählt: daß er am Abend zuvor ſeinen Nachbar W. auf dem Bruche erwiſcht habe; womit man zu bezeichnen pflege, daß ein Mann und eine Frauensperſon in unerlaubtem, möglichſt vertrautem Umgang betroffen wurden. Dem vierten Zeugen (E. sen.), vernommen den 18ten December 1839, ſoll Beklagter im April 1838 in der Schmiede geſagt haben: es ſei eine Schande, geſtern Abend habe W. auf dem Bruche geſtanden, und hinzugefügt, wie Zeuge glaubt, „mit dem Julchen." Der fünfte Zeuge (E. jun.), vernommen am 19ten Mai 1838 und am 1ſten Juli 1840, giebt an: Beklagter habe ihm zweimal mitgetheilt: daß er Ende April 1838 Abends nach 9 Uhr den W. mit einer Frauensperſon auf dem Bruche oder am Wege ſtehen ſehen, daß er ihn mit derſelben erwiſcht habe. Der ſechste Zeuge (H.), vernommen den 18ten März 1840, hat bei dem Verſuch, eine Ausgleichung unter den ſtreitenden Theilen herbeizuführen, von dem Beklagten zwar die Behauptuug vernommen, daß

dieſer den Kläger zur mehrerwähnten Zeit, nicht aber, wie er ihn betroffen habe.

Das Stadtgericht erkannte hierauf am 21ſten Auguſt 1840 dem Kläger den Erfüllungseid über das Beweisthema zu, und verurtheilte im Fall der Ableiſtung den Beklagten zu öffentlicher Ehrenerklärung, einer Strafe von 5 Thlr. in die Armencaſſe und Erſtattung der Prozeßkoſten. Auf eingewandte Appellation des Beklagten ward indeſſen mittelſt Beſcheides Kgl. Juſtizcanzlei vom 29ſten Januar 1841 dem Kläger auferlegt zu ſchwören:

> daß er nicht anders wiſſe, als daß der Beklagte kurz vor Anſtellung der Klage, mithin Ende April oder Anfang Mai 1838, gegen mehrere Perſonen ſich über ihn in ſolcher Art geäußert, daß dadurch bei dieſen der Verdacht eines ſträflichen Umgangs zwiſchen ihm und einem Frauenzimmer entſtanden ſei,

und für den Fall der Eidesleiſtnng die Koſtenvergleichung ausgeſprochen: da der Umſtand, daß die Injurie, wie ſie in der Klage behauptet und zum Beweiſe verſtellt worden, nicht in ihrem vollen Umfang nachgewieſen ſei, wegen der Zuvielforderung nur auf den Koſtenpunkt, nicht aber auf die Sache ſelbſt den Einfluß äußern könne, daß die Klage in angebrachter Maaße zurückgewieſen werde. Der Beklagte ergriff hiegegen das Rechtsmittel der Oberappellation, und das höchſte Gericht zu Celle erließ am 19ten September 1842 ein emendatoriſches Reſcript, daß dem Beklagten ein Reinigungseid dahin aufzuerlegen:

> daß er kurz vor Anſtellung der Klage ꝛc. gegen mehrere Perſonen weder dahin (die Worte des Beweisinterlocuts) ſich geäußert, noch auch in andern Ausdrücken ein Betreffen des Klägers im Ehebruch behauptet habe,

und im Fall der Ableiſtung der Kläger, unter Verurtheilung in die Prozeßkoſten abzuweiſen, im Fall der Weigerung aber der Beklagte, wie im Erkenntniß vom 21ſten Auguſt 1840 geſchehen, jedoch unter Vergleichung der Koſten des Beweisverfahrens, zu verurtheilen ſei. Denn: die der Klage zum Grunde gelegte und zum Beweis verſtellte angebliche Aeußerung des Beklagten enthalte die Anſchuldigung eines von dem Kläger begangenen Ehebruchs; der unternommene Beweis ſei lediglich in Bezug auf dieſe Thatſache zu beurtheilen und desfalls nur bis zum Reinigungseid erbracht; die Berückſichtigung ſonſtiger, aus der Beweisführung hervorgehender etwaiger Aeußerungen des Beklagten, welche den Kläger in ein ungünſtiges Licht ſtellten, und auf ein vertrauliches Verhältniß deſſelben zu einem dritten Frauenzimmer hindeuteten, werde dadurch allein, daß ſich dieſe ſelbſtſtändigen Beleidigungen im Vergleich mit der libellirten Thatſache als ein minus auffaſſen ließen, nicht gerechtfertigt.

Als nun das Stadtgericht zur Ableiſtung des Reinigungseides einen Termin auf den 23ſten November 1842 anberaumt hatte, trat der Kläger am 21ſten November mit einem Geſuch um Reſtitution wider den Ablauf der Beweisfriſt hervor, weil er vier neue Zeugen (H.. ſt, M. r., D. und K.) entdeckt habe, erwirkte die Aufhebung des Termins, wurde jedoch mit dem Geſuch durch die Erkenntniſſe vom 16ten September 1843, 18ten Juni 1844, und 27ſten September 1844 zurückgewieſen, da die prätoriſche Rechtswohlthat der Reſtitution wider den Ablauf der Beweisfriſt ceſſire, ſobald ein rechtskräftiges Erkenntniß über das Reſultat der Beweisführung erfolgt ſei.

Das Stadtgericht ordnete nunmehr einen neuen Schwörungstermin auf den 23ſten October 1844 an, den es in

Folge einer Bitte des Klägers auf den 23ſten November 1844 verlegte. Schon am 7ten November trat jedoch der Kläger mit dem außerordentlichen Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand hervor. Gegründet iſt daſſelbe auf zwei Notariatsinſtrumente d. d. Goslar 13ten October 1844 und Stolberg 30ſten October 1844, aufgenommen über die Ausſagen des H..ſt und M.r. Aus dieſen ſoll hervorgehen:

1. daß Kläger neue ſchriftliche Beweiſe entdeckt habe, welche den früher von ihm geführten Beweis bis zum Erfüllungseide ergänzten. Auf dieſen iſt der Antrag gerichtet.

2. Daß das frühere Erkenntniß auf den Grund eines abſichtlich falſchen Zeugniſſes von Seiten des erſten und zweiten Zeugen (C. L., M.) ergangen ſei. Die Einleitung einer Criminalunterſuchung und einſtweilige Ausſetzung des Civilverfahrens wird daher eventuell zum richterlichen Ermeſſen verſtellt.

Kläger hat ſich zum Reſtitutionseid [1]) erboten und deducirt das Einhalten der dreimonatlichen Friſt zur Nachſuchung der Reſtitution [2]) aus einer Vergleichung der Data, an welchen die Notariatsinſtrumente ausgeſtellt und ſein Geſuch überreicht worden. Nach eingegangener Erklärung des Beklagten wurde daſſelbe in erſter Inſtanz am 21ſten November 1844 cum expensis verworfen, ein neuer Schwörungstermin auf den 11ten December anberaumt, und wider den am 28ſten deſſ. inſinuirten Beſcheid vom Kläger am 10ten December 1844 das Rechtsmittel der Appellation eingewandt. Dieſer ward durch Decret vom 11ten December der Suſpenſiveffect abgeſchla-

1) Pr. O. §. 153. Abſ. 3.
2) Pr. O. §. 154.

gen und ein neuer Schwörungstermin auf den 30ſten December angeordnet, eine Verfügung, welche die Königl. Juſtizcanzlei unterm 20ſten December wieder aufgehoben hat [1]). Die klägeriſche Appellation iſt mit der Bitte um Reſtitution wider den Ablauf des fatale interponendi zeitig eingeführt und gerechtfertigt, allein nach eingegangenen Voracten durch Beſcheid vom $\frac{\text{28ſten Februar}}{\text{5ten März}}$ 1845 unter Verurtheilung in die Koſten der Inſtanz verworfen. Hiegegen ſind am 15ten März Rechtsmittel im Allgemeinen eingewandt, von ſolchen am 4ten April das der Supplication gewählt, und nach zweimaliger Friſterſtreckung am 4ten Juni 1845 mit der Bitte um Actenverſendung gerechtfertigt, welcher Bitte, nachdem unterm 10ten Auguſt die Vernehmlaſſung des Supplica-

1) Mit Recht. Denn aus der Eidesleiſtung des Beklagten würde dem Kläger ein unerſetzlicher Schaden hervorgehn, Pr. O. §. 155. Abſ. 1. Und zwar deshalb, weil nach Pr. O. §. 105. z. E. die wegen des freiwilligen Eides ertheilten Vorſchriften auch bei dem nothwendigen zur Anwendung kommen, inſoweit ſie den für dieſen gegebenen ſpeciellen Beſtimmungen nicht widerſprechen. Da nun der in l. 31. D. de jure jurando 12, 2. enthaltenen Vorſchrift, daß der nothwendige Eid durch ſpäter von dem Beſiegten entdeckte neue Beweismittel entkräftet werden könne, weder in §. 103—105. noch in §. 153. der Pr. O. gedacht iſt, ſo ergiebt ſich hieraus, daß der für den freiwilligen Eid geltende Rechtsſatz, daß er nur durch Meineidsbeweis ſich entkräften laſſe, §. 101. der Pr. O., nach Hannoverſchem Recht auch auf den nothwendigen anzuwenden iſt. Nach Ableiſtung des Reinigungseides von Seiten des Beklagten würde alſo der Kläger nur dann noch obſiegen können, wenn der Beklagte in einer wider ihn eingeleiteten Criminalunterſuchung zu überführen wäre, einen Meineid geſchworen zu haben, Pr. O. §. 153. Nr. 3., und folglich das klägeriſche, auf die in §. 153. Nr. 1 und 2. verzeichneten Fälle gegründete Geſuch um Reſtitution durch die beklagtiſche Eideoleiſtung ſofort ſeinen Gehalt verloren haben.

ten eingegangen war, unterm 13ten September 1845 entsprochen ist.

B. Rechtliche Beurtheilung.

Die Formalien der Supplication sind gewahrt. Ebenso die der Appellation, mit Ausnahme des fatale der Einwendung. Hiegegen ist nach Lage der Sache die erbetene Restitution zu ertheilen, wenn die Beschwerden materiell begründet sind. Sie betreffen die Verwerfung des Restitutionsgesuchs, sodann der Appellation, beidemal die Verurtheilung in die Kosten. Zu dem Ende muß die Zulässigkeit des außerordentlichen Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand allseitig geprüft werden.

1. Die Zuständigkeit des Gerichts. Nach dem Grundsatz par majorve potestas plus valeto gestattete das römische Recht, daß der höhere Magistrat gegen die Erkenntnisse des niederen, der coordinirte gegen die des coordinirten, nie aber daß der niedere gegen die des höheren Restitution ertheilte [1]). Von selbst versteht es sich, daß jeder Magistrat die Befugniß hat, gegen die eigenen Urtheile zu restituiren [2]). An diesen Rechtssätzen ist dadurch, daß heutzutage jedem Richter die Restitutionsgewalt zusteht, nichts geändert. Wohl aber ward zur Zeit des deutschen Reichs in der Praxis darüber gestritten, ob das Rechtsmittel der Restitution Devolutiveffect habe, bis ein conclusum pleni des Reichskammergerichts vom 7ten April 1702 in Sachen Grawinkel wider Stift Bielefeld [3]) sich für die verneinende Antwort entschied und der Praxis in-

1) l. 18. pr. D. de minor. 4. 4.

2) l. 16. §. 5. D. eod.

3) Erwähnt bei Lauterbach coll. th. pr. l. 49. t. 8. §. 9. not. m.

ſoweit eine beſtimmte Richtung gab. Ueber die ſeltener zur Anwendung kommende Reſtitutionsbefugniß coordinirter Gerichte iſt damit noch nicht entſchieden, in keiner Weiſe aber der Rechtsſatz, daß der niedere Richter gegen die Urtheile des höheren Reſtitution zu ertheilen keine Gewalt habe, abgeändert worden. Die neueren Particularprozeßgeſetzgebungen haben theils den Grundſatz ausgeſprochen, daß die Reſtitution ſtets bei dem Richter nachzuſuchen ſei, welcher das Erkenntniß gefällt habe, und coordinirten Gerichten die gemeinrechtlich zuſtehende Befugniß zur Reſtitution ausdrücklich oder ſtillſchweigend genommen, theils weitergehend die Reſtitutionsgeſuche unbedingt an den Richter erſter Inſtanz verwieſen. In die letzte Claſſe gehört die Baierſche [1]), Oeſterreichiſche [2]), Preußiſche [3]), Mecklenburgiſche [4]) und Herzoglich Sächſiſche [5]), in die erſte dagegen die Franzöſiſche [6]), Badenſche [7]) und Bremenſche [8]) Geſetzgebung, nicht minder auch die Ordnungen für die höchſten Gerichte zu Lübeck [9]) und Wolfenbüttel [10]), indem ſie die Frage, ob Reſtitution zu ertheilen ſei, zur Cognition der Gerichte, von denen die Erkenntniſſe ausgegangen ſind, verſtellen, die weitere Verhandlung aber an die Gerichte erſter Inſtanz verweiſen. Auch ſoll in Bun-

1) Codex juris Bavar. judic. d. a. 1753. c. 16. §. 1. 4to.

2) Hofdecret vom 1ſten Febr. 1782, N. 33.

3) A. G. O. Tit. 16. §. 18.

4) Rechtsmittelgeſetz vom 20ſten Julius 1840. §. 54. Nr. 1.

5) O. A. G. O. 1817 §. 26.

6) Code de procédure civile art. 490. 491.

7) Pr. O. 1831 §. 1251.

8) G. O. 1820 §. 524.

9) Ordnung für das O. A. G. der vier freien Städte Deutſchlands §. 182. S. 95 der A. von Blume.

10) G. O. 1835 §. 114.

des-Austrägalsachen über die Zulässigkeit der Restitution der Gerichtshof erkennen, welcher die Entscheidung in der Sache gefällt hat [1]). Diesen, von der bisherigen Praxis des gemeinen Rechts am wenigsten abweichenden Grundsätzen schließt sich die Prozeßordnung für die Untergerichte [2]) an. In der Vorschrift, daß das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei dem (gesperrt gedruckt im Gesetz, wie im Entwurf) Untergericht angebracht werden müsse, von welchem das Erkenntniß in erster Instanz abgegeben sei, ist nur bestimmt, daß ein coordinirtes (Unter-) Gericht gegen die Urtheile des coordinirten nicht restituiren dürfe, nicht aber, daß gegen in höherer Instanz ergangene Urtheile Restitution in erster Instanz nachzusuchen sei. Für die letzte Auffassung ist das Recht der Parteien auf drei Instanzen nicht entscheidend: denn dieses Recht existirt nicht in dem Sinn, daß über jede durch einen Rechtsstreit herbeigeführte Frage von drei in einem Subordinationsverhältniß stehenden Gerichten gesprochen werden müsse. Ebenso wenig der Rechtssatz, daß die Restitution als eine neue Klage zu betrachten sei [3]): denn die sofortige Anbringung einer solchen bei einem höhern Gericht steht damit nicht in Widerspruch. Entscheidend dagegen für die erste Auffassung ist der Umstand, daß die Prozeßordnung das gerichtliche Verfahren durchgängig nur insoweit normirt, als dieses vor den Untergerichten Statt hat, und mithin Bestimmungen über Rechtsmittel gegen in höherer Instanz ergangene Erkenntnisse in dem Gesetz überall nicht erwartet werden dürfen. Dieselben Grund-

1) Bundesschluß vom 3ten August 1820 art. 7.
2) §. 155. Abs. 1.
3) Pr. O. §. 157.

ſätze ſind in einem gleichen Falle von einer Kgl. Juſtiz-canzlei und dem Kgl. O. A. G. zu Celle unterm 2ten October 1829 zur Anwendung gebracht worden [1]), und ein triftiger Grund, von der klaren Vorſchrift des römiſchen Rechts [2]) abzuweichen, iſt weder für die Praxis, noch für eine neue Geſetzgebung vorhanden, da der Unterrichter nur zu leicht in den Fall kommen kann, Reſtitution gegen ein Erkenntniß zu ertheilen, deſſen Gründe in vollem Umfang ihm nicht bekannt ſind, was zur Folge hat, daß, wenn die Sache auf dem Wege devolutiver Rechtsmittel von Neuem an den Oberrichter gelangt, dieſer oftmals das frühere Erkenntniß wiederherſtellen und ſo erſt auf einem Umweg das durch ſofortige Anbringung des Reſtitutionsgeſuches beim Oberrichter zu gewinnende Reſultat erreicht wird. — Demzufolge erſcheint das Stadtgericht an ſich nicht competent, über die Frage zu entſcheiden, ob gegen das Erkenntniß des O. A. Gerichts vom 19ten September 1842, welches den von dem Untergericht und von der Kgl. Juſtizcanzlei, wiewohl mit veränderter Faſſung, dem Kläger zuerkannten Erfüllungseid in einen von dem Beklagten abzuleiſtenden Reinigungseid umwandelte, das außerordentliche Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſtattnehmig ſei. Das Gericht war vielmehr, da es beim Anfange eines Rechtsſtreits ſeine Competenz zu prüfen und keine Sache anzunehmen hat, welche zu ſeiner Entſcheidung nicht gehört [3]), verbunden, das Geſuch des Klägers ſofort zurückzuweiſen und es dieſem zu überlaſſen, daſſelbe, inſofern er ſich getraute, damit durchzu-

1) Juriſt. Zeit. f. Hannover 1833 H. 1. S. 150—152.
2) l. 18. D. de minor. cit.
3) Pr. O. §. 2.

kommen, bei dem O. A. Gericht anzubringen. Dieſer Mangel an Zuſtändigkeit von Seiten des Stadtgerichts iſt indeſſen im vorliegenden Fall dadurch geheilt, daß der Beklagte, ohne die Incompetenz des Gerichts zu rügen, ſich auf das Reſtitutionsgeſuch eingelaſſen, und dadurch eine freiwillige Prorogation des Gerichtsſtandes herbeigeführt hat [1]).

2. Die Gründe der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand.

Bei dem Vorhandenſein einer **justa causa** ertheilte der Prätor auch wider rechtskräftige Urtheile Reſtitution. Daſſelbe geſchah in Folge kaiſerlicher Conſtitutionen, wenn das Urtheil auf den Grund verfälſchter Urkunden oder beſtochener Zeugen gefällt, oder der Sachwalt einer Partei nach dem Spruch der Prävarication überführt, endlich wenn dieſer nach Ableiſtung eines vom Richter auferlegten Eides ergangen war und der Beſiegte neue Beweismittel aufgefunden hatte. Nova für ſich allein berechtigten nie zur Reſtitution [2]). Dieſelben Grundſätze, jedoch unter Ausdehnung der Rechtswohlthat Minderjähriger auf Kirchen und milde Stiftungen, enthält das canoniſche Recht [3]), und bei den italieniſchen [4]), wie den ältern deutſchen [5]) Praktikern findet ſich eine Spur des Satzes, daß nova allein das Rechtsmittel der Reſtitution zu be-

---

1) Pr. O. §. 4.

2) l. 35. D. de re judicata. 42. 1. — l. 4. C. eod. 7. 52. — l. 7. C. de juris et facti ign. 1. 18.

3) cap. 20. 21. X. de sent. et re jud. 2. 27.

4) Tancred. O. J. p. 276. p. 305 fgg. ed. Bergman. Durant. Spec. lib. 2. p. 3. t. de rest. in int. S. 524 fgg. ed. 1612.

5) Perneder gerichtl. Prozeß 4. a. 1546. fol. 90 fgg. Terminens gerichtl. Prozeß. 1565. p. 223.

gründen vermögen, überall nicht. Gleichwohl muß derſelbe ſchon frühzeitig bei dem Reichskammergericht, vielleicht in Folge mißverſtandener Stellen der Hülfsrechte, zur Anwendung gebracht ſein. Denn die Ordnungen des Gerichts enthalten ſchon in der erſten Hälfte des 16ten Jahrhunderts [1]) Klagen über Mißbrauch, und der G. B. vom 7ten Juli 1669 verlangt, daß daſſelbe „auf in facto emergirende neue dienlich und erhebende Umſtände, oder zur Hand gebrachte Urkunden, briefliche Schein und documenta, von welchem neuen Einbringen die Partei vorhero keine Wiſſenſchaft gehabt oder ſelbiges zu der Sachen dienlich zu ſein nicht vermeint," baſirt werden ſolle, erkennt mithin die neuen Thatumſtände und ſchriftlichen Beweismittel für ſich allein ſchon als Gründe an, durch welche Reſtitution wider rechtskräftige Urtheile erlangt werden könne. Die angeführten reichsgeſetzlichen Verordnungen behandeln jedoch das Rechtsmittel nur als ein reichsgerichtliches, keineswegs als ein Rechtsmittel des gemeinen Prozeßrechts. Und wenn gleich die Reichsgeſetze die Vorſchrift enthalten, daß der Territorialprozeß, ſoweit thunlich, ſich nach dem Muſter des reichsgerichtlichen bilden ſolle, ſo folgt daraus noch keineswegs, daß jede Vorſchrift des Reichsgerichtsprozeſſes in den einzelnen Ländern Anwendung gefunden habe, die Anwendung iſt vielmehr in jedem Fall beſonders nachzuweiſen. In Sachſen wird dieſes Rechtsmittel überall nicht zugelaſſen [2]). Auch für das nördliche Deutſchland wird man ſich vergebens bemü-

1) C. G. O. (materiell richtiger: Viſ. A.) 1533. I. §. 5. C. G. O. 1555. p. 3. t. 52.

2) Erl. Pr. O. ad tit. 37. Vergl. Kind. Qu. for. ed. 2. t. 3. c. 99., und ſonſtige Sächſiſche Prozeßgeſetze über dieſe Frage bei Kori Sächſ. Pr. §. 188b. not. 1.

hen, Beweiſe deſſelben aufzufinden. In Oldenburg iſt das außerordentliche Rechtsmittel der Wiedereinſetzung gegen rechtskräftige Urtheile nie recipirt worden [1]), in Mecklenburg kennt man zwar das remedium in integrum restitutionis, allein nur als ordentliches, nicht devolutives Rechtsmittel [2]). In gleicher Weiſe haben ſämmtliche ältere hannoverſche Prozeßordnungen die Reſtitution, nur als ordentliches Rechtsmittel, welches, abgeſehen von den bei dem O. A. G. in erſter Inſtanz geſprochenen oder ſolchen gleichſtehenden Erkenntniſſen, auf nova zu ſtützen ſei, anerkannt [3]). Wenn daher die Prozeßordnung für die Untergerichte die Reſtitution als außerordentliches Rechtsmittel wider Urtheile zuläßt, ſo befolgt dieſelbe inſofern nicht die frühere Landespraxis, ſondern die Lehre der neuern Prozeſſualiſten, welche das reichsgerichtliche Inſtitut irrthümlich für ein Rechtsmittel des gemeinen Rechts ausgeben. Der in Frage ſtehende §. 153. Nr. 1. der Pr. O. iſt nämlich faſt wörtlich aus Gönners Entwurf eines Geſetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsſachen [4]) entnommen, jedoch mit der weſentlichen Modification, daß als Beweismittel nur ſchriftliche zugelaſſen ſind. Dieſes Zurückgehen auf die von der

---

1) Archiv f. Oldenb. Recht. 1843. Bd. 1. H. 2. Nr. XVIII.

2) Trotſche Mater. z. M. C. Pr. §. 200.

3) Die Belege bei Pufendorf Proc. civ. P. 4. c. 4. und daraus bei Oeſterley Hann. Proz. Bd. 2. §. 267. 268. Vergl. auch die in Strube's R. B. von Spangenberg Bd. 3. S. 400—403 angeführten Schriften. Ob ein bei Wilh. v. Pufendorf, Obſervationen Nr. 13. S. 76, angeführtes Präjudiz des O. A. G. von 1835 mit der obigen und den ferneren Ausführungen in Einklang oder Widerſpruch ſtehen, läßt ſich bei der Kürze der Angabe nicht beurtheilen.

4) Bd. 1. Erlangen 1815. B. 4. C. 3. §. 1. Nr. 2—6.

Praxis der Reichsgerichte und sonst, deshalb, weil in dem durch G. B. vom 7ten Juli 1671 normirten Restitutionseide nur vom „neuen Einbringen" die Rede sei, mit Unrecht verlassene Vorschrift des reichskammergerichtlichen Gemeinbescheides von 1669, mithin der Ausschluß des Zeugenbeweises in der Restitutionsinstanz, berücksichtigt das gemeinrechtliche Verbot der Vernehmung neuer Zeugen nach Eröffnung des Rotulus, hat erhebliche prozeßpolitische Gründe für sich, und ist den neuern Prozeßordnungen [1]) conform. Wenn daher der Kläger die Ansicht hat, daß es auf das Erforderniß der Schriftlichkeit bei den Beweismitteln nicht ankomme, und sich hiefür darauf beruft, daß in §. 153. Nr. 1. Abs. 2. nur von Thatumständen oder Beweismitteln die Rede sei, so übersieht er die in Uebereinstimmung mit Abs. 1. abgefaßte, in Abs. 3. enthaltene, auf schriftliche Beweismittel gerichtete Eidesformel, und den Umstand, daß Abs. 2. aus Gönner wörtlich entnommen ward, bei der Redaction aber vergessen zu sein scheint, die erforderlichen Veränderungen [2]) vorzunehmen. Prüft man nun demzufolge:

a. Die producirten, über die Aussagen des H.st. und M.r. aufgenommenen Notariatsurkunden, so sind dieselben zwar als solche zu den schriftlichen Beweismitteln zu zählen, allein in dieser Eigenschaft für den vorliegenden Rechtsstreit ohne Beweiskraft. Denn Zeugen beweisen, nach bekannten, auch in der Prozeßordnung [3]) anerkannten Rechtsgrundsätzen, nur dann, wenn sie nach vorgängiger Beeidi-

---

1) z. B. A. G. O. f. Preußen Tit. 16. §. 26.

2) Auch dem Wort „beweisen" war nach §. 156. „bescheinigen" zu substituiren.

3) §. 69 — 77.

gung vor dem Richter, nicht aber, wenn ſie unbeeidet vor Notar und Zeugen, ihre Ausſagen gemacht haben: und eine nochmalige richterliche Vernehmnng derſelben iſt obiger Ausführung zufolge in der Reſtitutionsinſtanz unſtattnehmig. Die Frage, ob die für die Reſtitution angeordnete [1]) Zeitfriſt eingehalten ſei, ſtellt ſich hiernach in Anſehung der producirten ſchriftlichen Beweismittel als irrelevant, hinſichtlich der denominirten Zeugen als unzuläſſig dar.

b. Auf neue Thatumſtände das Reſtitutionsgeſuch ſtützen zu wollen, hat der Kläger nicht ausdrücklich erklärt. Da indeſſen ſeiner Einführung der Reſtitution zufolge der geſammte Inhalt der Notariatsdocumente als integrirender Theil ſeines Vortrags angeſehen werdenſoll, ſo iſt anzunehmen, daß er von neuen, darin etwa enthaltenen Thatumſtänden Gebrauch machen wollte. Daß auch für ſie nur ſchriftliche Beweismittel zuläſſig ſeien, hat Spangenberg [2]) aus dem Umſtande geſchloſſen, daß auf den Wunſch der Stände, zu verfügen, daß zum Beweis bloß neu entdeckter Thatumſtände man ſich jeder ſonſt zuläſſiger Beweismittel bedienen könne, keine Rückſicht genommen ſei, und ſeiner Anſicht ſind die Landesgerichte mehrfach gefolgt [3]). Allein jene Nichtberückſichtigung hat offenbar darin ihren Grund, daß ſich die Zuläſſigkeit ſämmtlicher Beweismittel in allen Fällen von

---

1) §. 154.

2) Commentar zur Pr. O. Thl. 2. S. 228. 229.

3) So das Stadtgericht zu Göttingen unterm 18ten Juni 1833, ein Beſcheid, welcher von Kgl. J. C. daſelbſt am 11ten Febr. 1834 und, nach eingeholtem Spruch von der Juriſtenfacultät zu Heidelberg, am 5ten Januar 1835 beſtätigt ward. Vgl. auch Jur. Zeitg. 1843. H. 1. S. 12.

ſelbſt verſteht, wo nicht ausdrücklich eine Beſchränkung gemacht iſt. Zu einer ſolchen fehlt es aber bei neuen Thatumſtänden an den Motiven, welche für eine Beſchränkung auf ſchriftliche Beweismittel in Anſehung der in den frühern Verhandlungen bereits vorgekommenen Thatumſtände vorhanden ſind. Sodann hat der Umſtand, daß unter den zur Begründung eines Reſtitutionsgeſuches vorgeſchriebenen Erforderniſſen [1]) „die Vorlegung der neu aufgefundenen ſchriftlichen Beweiſe" genannt wird, für die aufgeworfene Frage keine Bedeutung, weil dieſes Erforderniß offenbar nicht für alle Reſtitutionsgründe aufgeſtellt werden ſollte. Die Behauptung endlich [2]), daß der Ausſchluß der Eideszuſchiebung über die neu entdeckten Thatumſtände ſchon der früheren Praxis gemäß ſei, wird durch die Berufung auf Hageman [3]) überall nicht bewieſen, da dieſer nur ſagt, daß die Eidesdelation als ſolche — mithin über bereits früher in den Acten vorgekommene Thatumſtände — nicht als novum zu betrachten ſei. Mit Recht iſt daher unterm 18ten October 1842 vom Königl. O. A. G. [4]) die Anſicht adoptirt, daß zur Bewahrheitung neuer Thatumſtände auch nichtſchriftliche Beweismittel zuläſſig ſeien. — Faßt man nun die in der Beweisinſtanz erfolgte Benennung der einzelnen Perſonen, gegen welche ſich Beklagter, wie im Beweisinterlocut angegeben, geäußert haben ſoll, als eine Angabe der Thatſachen (Beweisgründe) auf, welche durch die Abhörung der Zeugen (Beweismittel) dargethan werden ſollen, um dem Beweis-

---

1) Pr. O. §. 156.

2) Spangenberg a. a. O. S. 231. Not. 2.

3) O. A. G. O. S. 186. n. 2.

3) Jur. Zeitg. 1843 H. 1. S. 15.

thema Genüge zu leiſten, ſo wird die nunmehrige Behauptung, daß der Beklagte auch gegen M.r. am 28ſten April 1838 ſich dahin geäußert: „er, der Beklagte, habe am Abend zuvor den Kläger, welcher häufig ehebrechе, bei einer ſolchen That ertappt," als ein neuer Thatumſtand (Beweisgrund) ſich darſtellen. Daß Kläger denſelben ſchon bei ſeinem Reſtitutionsgeſuch vom 11ten November 1842 gekannt haben müſſe, ergiebt ſich daraus, daß er den M.r. damals als Additionalzeugen vorſchlug, noch nicht, vielmehr kann Kläger erſt ſehr wohl durch die notarielle Abhörung des M.r. davon Kenntniß erhalten haben. Der Ablauf der zur Bitte um Reſtitution vorgeſchriebenen Friſt liegt daher nicht erwieſen vor. Die Zulaſſung zum Reſtitutionseid iſt jedoch bedingt durch die Relevanz der neuen Thatſache und deren Beweis. Relevant iſt dieſelbe inſofern, als durch ihr Hinzutreten die Umwandlung des Reinigungs- in einen Erfüllungseid ſich rechtfertigen würde. Bewieſen werden kann die Thatſache aber nur durch das Zeugniß des M.r. Abgeſehen nun von den etwaigen Einreden wider die Perſon des Zeugen, ſo hat deſſen alleinige eidliche Bejahung an ſich nicht mehr Bedeutung, als die eidliche Verneinung des Beklagten. Daher wird durch den dem Beklagten in Betreff der wider mehrere Perſonen angeblich gemachten Aeußerungen auferlegten Reinigungseid auch das mögliche Gewicht jener Zeugenausſage, und ſo der Grund zur Abhörung beſeitigt.

c. Es bleibt übrig, zu unterſuchen, ob die Notariatsurkunden Anlaß zu einer, wider den erſten und zweiten Beweiszeugen wegen abſichtlich falſchen Zeugniſſes einzuleitenden Criminalunterſuchung darbieten. Der Umſtand, daß der Zeuge H.ſt. früher in dem Rechtsſtreit vernommen

ward, thut der Zulässigkeit seines Zeugnisses keinen Abbruch, da seine Vernehmung einen, dem Beklagten obliegenden, derzeit nicht zur Beurtheilung stehenden, Beweis betraf. Ebenso wenig kann nach der unter b. ersichtlichen Ausführung die Zeitfrist für die Restitution als abgelaufen betrachtet werden. Anlaß zur Einleitung einer Untersuchung liegt jedoch weder in der Aussage des H.st., noch der des M.r. Jener behauptet, von dem ersten und zweiten Zeugen gehört zu haben, daß der Beklagte den Kläger und die Julie D. erwischt haben wolle. Bei der Zweideutigkeit dieses Ausdrucks läßt sich jedoch nicht annehmen, daß diese angebliche Mittheilung den eidlichen Depositionen der Zeugen widerspreche. Dieses ist indessen in Ansehung der Aeußerungen der Fall, welche M.r. aus dem Munde beider Zeugen vernommen haben will. Es folgt jedoch daraus nur, daß diese in ihren außergerichtlichen Mittheilungen über die vom Beklagten wider Kläger ausgesprochenen Anschuldigungen variirt haben sollen, nicht aber, wie schon in dem Canzleibescheide bemerkt ist, daß ihre eidliche Aussage vor Gericht absichtlich wahrheitswidrig gewesen sei.

Bei dem Ungrunde der Beschwerden des Klägers bedarf dessen Verurtheilung in die Kosten der Supplicationsinstanz, mit Einschluß der Actenverschickungsgebühr, keiner weitern Rechtfertigung.

Druckfehler.

Seite	9	Zeile	16 ſtatt ein lies im
—	35	—	9 ſt. auslegung l. Auslegung
—	49	—	20 ſt. regnoscirt l. agnoscirt
—	—	—	26 (jedoch mit Ausnahme). Die Worte gehören vor (Z. 23) „der Actenverſendung;" die Klammern zu ſtreichen.
—	57	—	28 ſt. Feldmerk l. Feldmark
—	60	—	11 ſt. dem l. den
—	—	—	14 ſt. beweißt l. beweiſt
—	62	—	15 ſt. Grund l. Grund
—	120	—	1 ſt. derſelbe l. derſelben
—	158	—	6 ſt. 1845 l. 1843

Zuſatz zu S. 37. 38.

Vergleiche Sammlung der Erkenntniſſe des O. A. G. zu Lübeck. Hamburg 1845. B. 1. H. 2. S. 207. 208: „Da es in den Fällen, wo von der Wiſſenſchaft eines Umſtandes die Verpflichtung zur Vornahme einer rechtlichen Handlung abhängt, für die rechtlichen Folgen gleichgültig iſt, ob Jemand etwas gewußt hat, oder durch Negligenz ſolcher Wiſſenſchaft entbehrte, indem ſonſt die Negligenten beſſer daran wären als die Diligenten." — Ebendaſelbſt S. 237. 238. „Die bona fides, welche die Grundlage aller Handelsgeſchäfte ſein muß, bringt es mit ſich, daß es dem einen Contrahenten nicht geſtattet werden kann, ſich in die Lage zu ſetzen, daß er ſein künftiges Benehmen und die Billigung oder Mißbilligung der von dem andern Theile ergriffenen Maaßregeln, nach dem Ausfalle des Geſchäftes einzurichten im Stande iſt, während er den andern Contrahenten entweder über den einzuſchlagenden Weg in Ungewißheit läßt, oder ihm wohl gar zu einem Verfahren Anlaß giebt, wozu er ſich bei einer ihm gewordenen klaren und feſten Erklärung nimmermehr entſchloſſen hätte."